

# **Die Erhaltung des Stammkapitals einer GmbH**

- ein Vergleich zwischen geltendem Recht  
und dem Regierungsentwurf eines Gesetzes  
über Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Dissertation, vorgelegt der Rechts-  
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät  
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz  
zur Erlangung des Grades eines Doktors  
der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von  
Reinhard Meißner  
Mainz-Gustavsburg

1974



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

Die Erhaltung des Stammkapitals  
einer GmbH

- ein Vergleich zwischen geltendem Recht und dem Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Dissertation, vorgelegt der Rechts-  
und Wirtschaftswissenschaftlichen  
Fakultät der Johannes-Gutenberg-  
Universität in Mainz zur Erlangung  
des Grades eines Doktors der Rechts-  
wissenschaft (Dr. jur.)

von

Reinhard Meißner

Mainz-Gustavsburg



Erstberichterstatter: Professor Dr.Klaus M ü l l e r  
Zweitberichterstatter: Professor Dr.Arndt T e i c h m a n n  
Tag der mündlichen Prüfung: 11.12.1974

## A. Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| § 1 Einleitung .....                                                                           | 1     |
| I. Zielsetzung.....                                                                            | 1     |
| II. Kurzer Überblick über die Geschichte der<br>GmbH-Reform .....                              | 2     |
| § 2 Das Stammkapital einer GmbH.....                                                           | 6     |
| I. Begriff und Bedeutung.....                                                                  | 6     |
| 1. Das Stammkapital, ein zwingender Be-<br>standteil der GmbH.....                             | 6     |
| a) Zusammensetzung und Höhe.....                                                               | 6     |
| b) Aufbringung.....                                                                            | 6     |
| c) Grundsatz des festen Stammkapitals.                                                         | 7     |
| 2. Steuerrechtliche Pflichten und bilanz-<br>technische Behandlung des Stammkapi-<br>tals..... | 8     |
| 3. Wirtschaftliche Bedeutung.....                                                              | 9     |
| 4. Rechtliche Bedeutung des Stammkapitals                                                      | 10    |
| a) Historische Funktion.....                                                                   | 10    |
| b) Gesamtheit der Mitgliedschaften....                                                         | 11    |
| c) Sicherung der Gesellschaftsgläubi-<br>ger.....                                              | 11    |
| 5. Zusammenfassung.....                                                                        | 13    |
| II. Begriff und Bedeutung des Stammkapitals<br>im RegE.....                                    | 13    |
| 1. Zusammensetzung.....                                                                        | 13    |
| 2. Höhe.....                                                                                   | 14    |
| 3. Kapitalaufbringung.....                                                                     | 15    |
| III. Kritik.....                                                                               | 17    |
| 1. Zur Konkursanfälligkeit.....                                                                | 18    |
| a) Statistische Zahlen.....                                                                    | 18    |
| b) Ursachen für Konkursanfälligkeit...                                                         | 19    |
| 2. Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung.                                                      | 21    |
| a) Begriffsbestimmung.....                                                                     | 21    |
| b) Zur Rechtfertigung des Grundsatzes<br>der Haftungsbeschränkung.....                         | 21    |
| c) Haftungsbeschränkung und Gläubiger-<br>schutz.....                                          | 24    |
| 3. Höheres Mindeststammkapital ? .....                                                         | 25    |
| 4. Ein dem Geschäftsumfang angemessenes<br>Stammkapital (Eigenkapital) ? .....                 | 27    |
| a) Völlige Autonomie der Gesellschaf-<br>ter ? .....                                           | 28    |
| b) Ein angemessenes Stammkapital ? ...                                                         | 31    |
| c) Ein in der Höhe gestaffeltes Stamm-<br>kapital ? .....                                      | 32    |
| IV. Zusammenfassung.....                                                                       | 34    |

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 3 Auszahlungsverbot nach §§ 30, 31 GmbHG.....                                    | 35 |
| I. Darstellung des § 30 Abs. 1 GmbHG und § 46 Abs. 1 RegE.....                     | 35 |
| 1. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen.....                 | 35 |
| 2. Der Grundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG mit Einzelfragen.....                       | 37 |
| a) Rechtsgrund der Auszahlung.....                                                 | 37 |
| b) Art der Zahlung.....                                                            | 38 |
| c) Rückzahlung von Stammeinlagen ? ...                                             | 39 |
| d) Auszahlen bei Vorliegen einer "Un-terbilanz" ?.....                             | 39 |
| e) Ausgleich durch Gegenleistung.....                                              | 40 |
| f) Zahlung an Gesellschafter.....                                                  | 41 |
| II. Die Rückzahlung von eingezahlten Nach-schüssen.....                            | 43 |
| 1. Begriffsbestimmung "Nachschuß".....                                             | 43 |
| 2. Voraussetzungen, Sinn und Zweck des § 30 Abs. 2 GmbHG.....                      | 44 |
| a) Kein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG                                            | 44 |
| b) Rückzahlungsbeschluß.....                                                       | 45 |
| c) Veröffentlichung und Sperrfrist....                                             | 45 |
| d) Volleinzahlung von Stammeinlagen ?.                                             | 45 |
| 3. Die Vorschläge des RegE.....                                                    | 47 |
| a) Darstellung.....                                                                | 47 |
| b) Kritik.....                                                                     | 48 |
| III. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG.....    | 49 |
| 1. Nach geltendem Recht.....                                                       | 49 |
| a) Leistungsverweigerungsrecht der Ge-sellschaft.....                              | 49 |
| b) Erstattungspflicht des Empfängers..                                             | 50 |
| c) Haftungsbeschränkung bei Gutgläu-bigkeit des Empfängers.....                    | 51 |
| d) Haftung der übrigen Gesellschafter.                                             | 52 |
| e) Haftung der Geschäftsführer.....                                                | 53 |
| 2. Die Regelung im RegE: § 47.....                                                 | 53 |
| a) Darstellung.....                                                                | 53 |
| b) Kritik.....                                                                     | 54 |
| IV. Die Rechtsnatur des Auszahlungsverbotes und des Rückerstattungsanspruches..... | 56 |
| V. Kritik.....                                                                     | 57 |
| 1. Generelles Auszahlungsverbot durch Einrichtung eines Sperrkontos ?.....         | 58 |
| 2. Einführung einer gesetzlichen Nach-schußpflicht ? .....                         | 58 |
| 3. Rückzahlungsverbot nach Aktienrecht ?.                                          | 59 |
| VI. Zusammenfassung.....                                                           | 62 |

|                                                                                        | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| § 4 Die Gefährdung des Stammkapitals durch den<br>Erwerb eigener Geschäftsanteile..... | 63    |
| I. Einführungsbeispiele.....                                                           | 63    |
| II. Begriff und Bedeutung des Geschäftsanteiles.....                                   | 64    |
| 1. Geschäftsanteil = Mitgliedschaftsrecht an der GmbH.....                             | 64    |
| 2. Abgrenzung gegenüber.....                                                           | 65    |
| a) "Geschäftsanteil" im Genossenschaftsrecht.....                                      | 65    |
| b) "Aktie" bei einer Aktiengesellschaft.....                                           | 66    |
| 3. Der Wert des Geschäftsanteils.....                                                  | 67    |
| 4. Die Verkehrsfähigkeit des Geschäftsanteiles.....                                    | 68    |
| III. Der Erwerb des Geschäftsanteiles.....                                             | 70    |
| 1. Die Form des Erwerbes.....                                                          | 70    |
| 2. Die Rechtsfolgen des Erwerbes.....                                                  | 71    |
| a) Erwerb durch Dritte.....                                                            | 71    |
| b) Erwerb durch einen anderen Gesellschafter.....                                      | 71    |
| c) Erwerb durch die Gesellschaft.....                                                  | 71    |
| IV. Der Geschäftsanteil nach dem RegE.....                                             | 73    |
| V. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile bei nicht voll eingezahlten Stammeinlagen...    | 77    |
| 1. Zweck und Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 GmbHG.....                                | 77    |
| 2. Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen § 33 Abs. 1 GmbHG.....                         | 79    |
| a) Nichtigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft.....                                  | 79    |
| b) Rückforderungsanspruch nach Bereicherungsrecht bzw. nach § 31 Abs. 1 GmbHG.....     | 79    |
| c) Haftung der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 3 GmbHG.....                             | 81    |
| 3. Regelung im RegE.....                                                               | 81    |
| VI. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile bei voll eingezahlten Stammeinlagen.....       | 82    |
| 1. Voraussetzungen und Zweck des § 33 Abs. 2 GmbHG.....                                | 82    |
| 2. Rechtsfolge bei Verstoß.....                                                        | 82    |
| 3. Das Verhältnis des § 33 Abs. 2 zu den §§ 30 Abs. 1, 31 GmbHG.....                   | 83    |
| 4. Zulässigkeit einer Keimann-GmbH ? ..                                                | 85    |
| 5. Lösung im RegE.....                                                                 | 85    |

|                                                                                                                                            | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| VII. Kritik.....                                                                                                                           | 86    |
| 1. Zu § 57 Abs. 1 RegE.....                                                                                                                | 86    |
| a) Zur Nichtigkeitsfolge.....                                                                                                              | 86    |
| b) Zum Verbot der Inpfandnahme.....                                                                                                        | 87    |
| c) Zur Sicherungsübereignung und zum Nießbrauch.....                                                                                       | 89    |
| 2. Zu § 57 Abs. 2 und 4 RegE.....                                                                                                          | 90    |
| a) Redaktionelle Überarbeitung erforderlich.....                                                                                           | 90    |
| b) Der zwingende Charakter des § 57 Abs. 2 RegE.....                                                                                       | 93    |
| c) Keine aktienrechtliche Regelung...                                                                                                      | 93    |
| d) Nichtigkeit des Kausalgeschäftes..                                                                                                      | 94    |
| e) Mangelnder Schutz im Innenverhältnis ?.....                                                                                             | 96    |
| 3. Zu § 57 Abs. 5 RegE.....                                                                                                                | 97    |
| VIII. Zusammenfassung.....                                                                                                                 | 97    |
| § 5 Der Erwerb von Geschäftsanteilen an einer "herrschenden" GmbH.....                                                                     | 98    |
| I. Der Erwerb von Aktien einer herrschenden AG.....                                                                                        | 98    |
| 1. Umgehung des Erwerbsverbotes eigener Aktien ? .....                                                                                     | 99    |
| 2. Das Sonderproblem der wechselseitigen Beteiligung.....                                                                                  | 100   |
| II. Keine gesetzliche Regelung im GmbH-Recht.....                                                                                          | 103   |
| III. Lösung im RegE.....                                                                                                                   | 103   |
| IV. Kritik.....                                                                                                                            | 105   |
| 1. Übernahme der aktienrechtlichen Lösung ? .....                                                                                          | 106   |
| 2. Erwerbsbeschränkung auch für abhängige Unternehmen ohne Mehrheitsbeteiligung ? .....                                                    | 109   |
| 3. Ungenügender Schutz des Stammkapitals durch § 57 Abs. 3 RegE bei Beteiligungen ohne Mehrheitsbesitz und ohne Herrschaftsverhältnis..... | 110   |
| 4. Zu den Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 57 Abs. 3 RegE.....                                                                           | 112   |
| 5. Bilanzierung.....                                                                                                                       | 113   |
| 6. Redaktionelle Änderung.....                                                                                                             | 114   |
| V. Zusammenfassung.....                                                                                                                    | 114   |
| § 6 Die Einziehung von Geschäftsanteilen.....                                                                                              | 115   |
| I. Begriff und Arten der Amortisation.....                                                                                                 | 115   |
| II. Voraussetzungen einer zulässigen Amortisation nach § 34 GmbHG (§ 58 RegE).....                                                         | 116   |
| III. Zu § 58 Abs. 5 und 6 RegE.....                                                                                                        | 118   |
| IV. Zusammenfassung.....                                                                                                                   | 118   |

|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 7 Der Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals im Konkurs der GmbH.....                                                 | 119 |
| I. Beispielfälle.....                                                                                                      | 119 |
| II. Lösung des RegE.....                                                                                                   | 122 |
| 1. Darstellung.....                                                                                                        | 122 |
| 2. Grundsätzliche Würdigung.....                                                                                           | 124 |
| III. Kritik.....                                                                                                           | 126 |
| 1. Redaktionelle Überarbeitung.....                                                                                        | 126 |
| 2. Keine Präventivkontrolle.....                                                                                           | 127 |
| 3. Ungeeigneter Haftungsmaßstab des § 49 Abs. 1 RegE.....                                                                  | 128 |
| a) Überforderung der Gerichte.....                                                                                         | 128 |
| aa) Keine verbindliche Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre....                                                       | 129 |
| bb) Keine klaren Anhaltspunkte durch das Steuerrecht.....                                                                  | 132 |
| b) Rechtsunsicherheit für die Gesellschafter.....                                                                          | 135 |
| c) Einschränkung der Kreditwürdigkeit der GmbH.....                                                                        | 137 |
| 4. Rechtsdogmatische Bedenken.....                                                                                         | 138 |
| a) Unvereinbarkeit mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung.....                                                           | 138 |
| b) Ungerechtfertigte Gleichbehandlung von Darlehen und Einlagen.....                                                       | 139 |
| c) Gefahr für eine Einzelfallgerechtigkeit.....                                                                            | 140 |
| d) Ungerechtfertigte Schlechterstellung des darlehensgebenden Gesellschafters.....                                         | 141 |
| 5. Bedenken gegen § 50 RegE - Anfechtung von Rechtshandlungen.....                                                         | 142 |
| IV. Andere Lösungsvorschläge.....                                                                                          | 143 |
| 1. Zum Gesellschafterdarlehen.....                                                                                         | 144 |
| a) Legaldefinition statt Generalklausel.....                                                                               | 144 |
| b) Zusätzliche subjektive Haftungsvoraussetzungen.....                                                                     | 145 |
| c) Zurückstufung wegen Informationsvorsprung.....                                                                          | 146 |
| 2. Haftung unabhängig von Gesellschafterdarlehen.....                                                                      | 147 |
| a) Wegfall des "Privilegs der Haftungsbeschränkung".....                                                                   | 147 |
| b) "beschränkte" Haftung für das angemessene Stammkapital.....                                                             | 148 |
| c) Differenz-Nachschußpflicht bei anfänglicher und nachträglicher Unterkapitalisierung mit faktischem Haftungsmaßstab..... | 149 |
| d) Haftung bei anfänglicher und nachträglicher Unterkapitalisierung durch normativen Haftungsmaßstab....                   | 151 |
| e) Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer bis zu 35 % der Gesellschaftsverbindlichkeiten.....                      | 153 |
| V. Zusammenfassung und eigene Lösung.....                                                                                  | 155 |



## B. Abkürzungsverzeichnis

|          |                                                                                 |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------|
| a.A.     | andere Ansicht                                                                  |
| a.E.     | am Ende                                                                         |
| a.F.     | alte Fassung                                                                    |
| AG       | (Die) Aktiengesellschaft                                                        |
| AktG     | Aktiengesetz vom 6.5.1969 (BGBl I S. 1089)                                      |
| allg.    | allgemein                                                                       |
| AO       | Reichsabgabenordnung vom 22.5.1931<br>(RGBl I S. 161)                           |
| BB       | Betriebsberater                                                                 |
| BewG     | Bewertungsgesetz i.d.F. vom 10.12.1965<br>(BGBl I S. 1862)                      |
| BFH      | Bundesfinanzhof                                                                 |
| BFHE     | Sammlung der Entscheidungen und Gutachten<br>des BFH                            |
| BGB      | Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896<br>(RGBl S. 195)                          |
| BGBI     | Bundesgesetzblatt                                                               |
| BGH      | Bundesgerichtshof                                                               |
| BGHSt    | Entscheidungen des BGH in Strafsachen                                           |
| BGHZ     | Entscheidungen des BGH in Zivilsachen                                           |
| BSpKG    | Gesetz über Bausparkassen vom 16.11.1972<br>(BGBl I S. 2097)                    |
| BStBl    | Bundessteuerblatt                                                               |
| BT       | Bundestag                                                                       |
| BVerfG   | Bundesverfassungsgericht                                                        |
| BVerfGE  | Entscheidungen des BVerfG                                                       |
| BVerfGG  | Gesetz über das Bundesverfassungsgericht<br>i.d.F. vom 3.2.1971 (BGBl I S. 105) |
| DB       | Der Betrieb                                                                     |
| ders.    | derselbe                                                                        |
| Diss.    | Dissertation                                                                    |
| DJ       | Deutsche Justiz                                                                 |
| DJZ      | Deutsche Juristenzeitung                                                        |
| DNotZ    | Deutsche Notarzeitschrift                                                       |
| DurchfVO | Durchführungsverordnung                                                         |
| EEG      | Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Gesetz<br>über Gesellschaften mbH         |
| Einl.    | Einleitung                                                                      |
| Erl.     | Erläuterung                                                                     |

|                 |                                                                                                                                            |
|-----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Fn.             | Fußnote                                                                                                                                    |
| GenG            | Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschafts-<br>genossenschaften vom 1.5.1889 i.d.F. vom<br>9.10.1973 (BGBl I S. 1451)                       |
| GG              | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch-<br>land vom 23.5.1949 (BGBl I S. 1)                                                            |
| GmbH            | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                                                                                                      |
| GmbHG           | Gesetz betr. die Gesellschaften mbH<br>vom 20.4.1892 (RGBl S. 477)                                                                         |
| GmbHHRdsch      | Rundschau für GmbH / Rechtsspiegel der Wirt-<br>schaft                                                                                     |
| HandelsRBereinG | Handelsrechtliches Bereinigungsgesetz<br>vom 18.4.1950 (BGBl I S. 90)                                                                      |
| HansOLG         | Hanseatisches Oberlandesgericht                                                                                                            |
| HansRGZ         | Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung                                                                                                   |
| HGB             | Handelsgesetzbuch (ohne Seehandel) vom<br>10.5.1897 (RGBl S. 219)                                                                          |
| h.M.            | herrschende Meinung                                                                                                                        |
| i.d.F.          | in der Fassung                                                                                                                             |
| i.S.d.          | im Sinne der (des)                                                                                                                         |
| i.V.m.          | in Verbindung mit                                                                                                                          |
| Jb.             | Jahrbuch                                                                                                                                   |
| Jus             | Juristische Schulung                                                                                                                       |
| JW              | Juristische Wochenschrift                                                                                                                  |
| JZ              | Juristenzeitung                                                                                                                            |
| KapErhG         | Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesell-<br>schaftsmitteln und über die Gewinn- und Ver-<br>lustrechnung vom 23.12.1959 (BGBl I S. 789) |
| KG              | Kommanditgesellschaft                                                                                                                      |
| KO              | Konkursordnung vom 10.2.1877 i.d.F. vom<br>20.5.1898 (RGBl S. 612)                                                                         |
| KVStG           | Kapitalverkehrssteuergesetz i.d.F. vom<br>17.11.1972 (BGBl I S. 2130)                                                                      |
| KWG             | Kreditwesengesetz vom 10.7.1961<br>(BGBl I S. 881)                                                                                         |
| LM              | Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, her-<br>ausgegeben von Lindenmaier und Möhring                                                     |
| LZ              | Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht                                                                                                  |
| mbH             | mit beschränkter Haftung                                                                                                                   |
| m.w.N.          | mit weiteren Nachweisen                                                                                                                    |
| NB              | Neue Betriebswirtschaft                                                                                                                    |
| NJW             | Neue Juristische Wochenschrift                                                                                                             |
| OHG             | Offene Handelsgesellschaft                                                                                                                 |
| Recht           | Das Recht, Rundschau für den dt. Juristen-<br>bund                                                                                         |

|         |                                                                    |
|---------|--------------------------------------------------------------------|
| RefE    | Referentenentwurf eines Gesetzes über die Gesellschaften mbH       |
| RegE    | Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Gesellschaften mbH       |
| RFH     | Reichsfinanzhof                                                    |
| RG      | Reichsgericht                                                      |
| RGBl    | Reichsgesetzblatt                                                  |
| RGZ     | Entscheidungen des RG in Zivilsachen                               |
| Rspr.   | Rechtsprechung                                                     |
| S.      | Seite / im Zusammenhang mit Paragraphen: Satz                      |
| StAnpG  | Steueranpassungsgesetz vom 16.10.1934 (RGBl I S. 925)              |
| StGB    | Strafgesetzbuch vom 15.5.1871 i.d.F. vom 1.9.1969 (BGBI I S. 1445) |
| St. Jb. | Statistisches Jahrbuch                                             |
| Urt.    | Urteil                                                             |
| VAG     | Versicherungsaufsichtsgesetz vom 6.6.1931 (RGBl I S. 315, 750)     |
| VerglO  | Vergleichsordnung vom 26.2.1935 (RGBl S.321)                       |
| VO      | Verordnung                                                         |
| WM      | Wertpapiermitteilungen                                             |
| ZgeStW  | Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft                     |
| ZHR     | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht          |
| Ziff.   | Ziffer                                                             |
| zit.    | zitiert                                                            |
| ZKredW  | Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen                            |



C. Literaturnachweis

- Aktiengesetz - Großkommentar, bearbeitet von C.H.Barz, R.Fischer, U.Klug, K.Mellerowicz, J.Meyer-Landrut, W.Schilling, W.Schmidt, 1. Band §§ 1-144, 2. Auflage Berlin 1961  
(zit.: Fischer in Großkomm. AktG 2.Aufl.)  
und 3. Auflage Berlin, New York 1973,  
bearbeitet von C.H.Barz, H.Brönner, U.Klug, K.Mellerowicz, J.Meyer-Landrut, W.Schilling, H.Wiedemann, H.Würdinger  
(zit.: Barz in Großkomm. AktG 3.Aufl.)
- Albach "Zur Finanzierung von Kapitalgesellschaften durch ihre Gesellschafter", ZgeStW 1962, 653ff
- Arbeitskreis GmbH-Reform Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform Band 2: Kapital und Haftungsfragen, Gründung von Einmann-Gesellschaften, Konzernrecht, Arbeitnehmerbeteiligung, unter Mitarbeit von G.Hueck, M.Lutter, H.J.Mertens, E.Rehbinder, P.Ulmer, H.Wiedemann, W.Zöllner, Heidelberg 1972  
(zit.: Arbeitskreis GmbH-Reform)
- Bähr "Gesellschaften mit beschränkter Haftung", Grenzbote Band 51 (1892) S. 210 ff
- Ballerstedt Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949  
(zit.: in Kapital)
- "Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts", GmbHRdsch 1952, 1 ff
- "75 Jahre GmbH-Gesetz", GmbHRdsch 1967, 66 ff
- "Gesellschaftsrechtliche Probleme der Reform des GmbH-Rechts", ZHR 135, 383 ff und 479 ff
- Barz "Die Reform des GmbH-Rechts", GmbHRdsch 1963, 124 ff
- "Kapitalfragen im Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes" in GmbH-Reform, Band 1 der Reihe "Rechtspolitik und Gesetzgebung", Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1970 S.37f  
(zit.: in GmbH-Reform)
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, Kurzkommentar, 20. Auflage München 1972
- Baumbach-Hueck GmbH-Gesetz, Kurzkommentar, 13. Auflage München 1970
- Bericht... über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 29.2.1964 in BT-Drucksache IV/2320 S. 5-72 mit Anlagen 1 bis 4
- Boesebeck "Die wechselseitige Verflechtung von Aktiengesellschaften", ZKredW 1956, 766 ff
- Brodmann Gesetz betr. die Gesellschaften mbH, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1930

- Buchwald "Der eigene Anteil der GmbH", GmbHHRdsch 1958, 169 ff
- Büschgen "Die angemessene Eigenkapitalausstattung", GmbHHRdsch 1974, 25 ff und 49 ff
- Butz "Die Mantelverwertung bei der Gesellschaft mbH" Diss. Göttingen 1972
- Centrale für GmbH "Die GmbH darf keine 'kleine AG' werden", 1. Stellungnahme zum RefE, GmbHHRdsch 1969, 95 f (zit.: Centrale für GmbH)
- Drobnig "Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften", Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Hamburg Band 4, Frankfurt a.M., Berlin 1959
- Eltermann "Der verdeckte Kapitalentzug in der GmbH & Co KG" Diss. Köln 1972
- Emmerich "Der Regierungsentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes", Jus 1973, 520 ff
- Engisch "Einführung in das juristische Denken" 2. Auflage Stuttgart 1959
- Enneccerus-Lehmann H. Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage Tübingen 1958 (zit.: Enn.-Lehmann SchuldR)
- Entwurf... eines Gesetzes betr. die Gesellschaften mbH vom 11.2.1892 mit amtlicher Begründung, Aktenstück Nr. 660 in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, I. Session 1890/92 5. Anlagenband S. 3715 ff (zit.: Entwurf S....)
- Erlinghagen "Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH", GmbHHRdsch 1962, 170 ff
- Esser R. Die Gesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit, eine gesetzgeberische Studie, Berlin 1886
- Fabricius "Das Stammkapital der GmbH - Zur Frage seiner Rechtfertigung und zur Frage seiner Höhe" GmbHHRdsch 1970, 137 ff
- Fehling "Gefahren der beschränkten Haftung für die Gläubiger einer GmbH" Diss. Frankfurt a.M. 1935
- Feine Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band III. Abteilung, Leipzig 1929
- Fischer C. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung - eine gesellschaftsrechtliche und wirtschaftshistorische Studie Berlin, Göttingen, Heidelberg 1948
- Fischer R. Kleinkommentar zum GmbH-Gesetz, begründet von F.Scholz, 7. Auflage Köln 1970 (zit.: Sch.-Fischer)
- Fränkel Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung - eine volkswirtschaftliche Studie Tübingen 1915

- Geßlér "Probleme der GmbH-Rechtsform", GmbHHRdsch 1966, 102 ff
- "Die Reform des GmbH-Rechts", BB 1969, 589 ff
- Godin-Wilhelmi Aktiengesetz, bearbeitet von H. und S. Wilhelmi, 2 Bände, 3. Auflage Berlin 1967  
(zit.: Godin-Wilhelmi)
- Großmann-Doerth "Reform des Gesetzes betr. GmbH, Sonderabdruck aus dem Gutachtenband, Gutachten für den 5. Dt. Juristentag in der Tschechoslowakei, Eger 1931  
(zit.: Dt. Juristentag 1931)
- "Sinnlos gewordenes liberales Wirtschaftsrecht, eine Aufgabe nationalsozialistischer Rechtserneuerung", HansRGZ 1934, 19 ff
- "Kampf um die GmbH", HansRGZ 1938, A 209 ff
- Grothus "Das Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH", GmbHHRdsch 1958, 17 ff
- Gutenberg Einführung in die Betriebswirtschaftslehre Wiesbaden 1958  
(zit.: Einführung)
- Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 3. Band Die Finanzen, 6. Auflage Berlin, Heidelberg, New York 1973  
(zit.: in Finanzen)
- Hachenburg "Bedarf die GmbH einer Reform", LZ 1909, Spalte 15 ff
- Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bearbeitet von W. Schmidt, W. Schilling, R. Goerdeler, U. Klug, 2 Bände, 6. Auflage Berlin 1956/1959  
(zit.: Schmidt in Hachenburg etc.)
- Härle Finanzierungsregeln und ihre Problematik Wiesbaden 1961
- Hansen "Die Entwicklung der Kapitalgesellschaften 1972", AG 1973, 219 ff
- Höper "Die Haftung des Gesellschafters bei einer unterkapitalisierten GmbH"  
Diss. Göttingen 1972
- Hösel "Eigene Geschäftsanteile der GmbH", DNotZ 1958, 5 ff
- Hofmann "Zum Referentenentwurf eines GmbHG", AG 1969, 337 ff
- Buchbesprechung von Immenga (s.u.) ZHR 137, 416 ff
- Hueck Gesellschaftsrecht, Ein Studienbuch, 16. Auflage München 1972
- Immenga Die personalistische Kapitalgesellschaft Band 15 der Reihe "Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik", Bad Homburg v.d.H. 1970  
(zit.: in Kpitalgesellschaft)

- Immenga "Konkursanfechtung und Gesellschafterdarlehen" - Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 14.7.1969, GmbHRdsch 1970, 258 ff
- Ippen "Die GmbH & Co KG als Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin", Diss. Münster 1967
- Kamprad "Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes" GmbHRdsch 1969, 168 ff
- Klausing "Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung", Erster Arbeitsbericht zur Reform der GmbH, Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Heft 5 Frankfurt a.M. 1938 (zit.: 1. Arbeitsbericht)
- Zweiter Arbeitsbericht des Ausschusses für Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Akademie für Deutsches Recht, Heft 13 Frankfurt a.M. 1940 (zit.: 2. Arbeitsbericht)
- Kölner ... Kommentar zum Aktiengesetz, bearbeitet von K.H.Biedenkopf, C.P.Clausen, G.Geilen, H-G. Koppensteiner, A.Kraft, H.Kronstein, M.Lutter, H.J.Mertens, W.Zöllner  
1. Band, 1. Lieferung §§ 1-53 Köln, Berlin, Bonn, München 1970  
1. Band, 2. Lieferung §§ 54-73, Köln, Berlin, Bonn, München 1970  
2. Band, 1. Lieferung §§ 148-178 Köln, Berlin, Bonn, München 1971  
(zit.: Kraft in Kölner Kommentar etc.)
- Kreplin "Der Referentenentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes im Urteil der Wirtschaft", BB 1970, 93 ff
- Kreutz "Grundzüge der GmbH-Reform", AG 1973, 145 ff
- Krieger "Die Regierungsentwürfe zur GmbH-Reform", BB 1972, 717 ff
- Lang-Weidmüller "Genossenschaftsgesetz", Kommentar, bearbeitet von H.Baumann und E.Metz, 29. Auflage Berlin, New York 1971
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
2. Auflage Berlin, Göttingen, Heidelberg 1969
- Lehmann K. Das Recht der Aktiengesellschaften, Band 1 Berlin 1898, hier unveränderter Neudruck Aalen 1964
- Liebmann-Saenger Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage Berlin 1927
- Limbach "Theorie und Wirklichkeit der GmbH" Diss. Berlin 1966 (zit.: in Theorie)
- "Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit", GmbHRdsch 1967, 71 ff

- Limbach "Der Referentenentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes und die Rechtswirklichkeit" in GmbH-Reform, Band 1 der Reihe "Rechtspolitik und Gesetzgebung", Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1970 S. 11 ff  
(zit.: in GmbH-Reform)
- "Der Referentenentwurf zu einem neuen GmbH-Gesetz und der Trend zum Unternehmensrecht", GmbHRdsch 1970, 87 ff
- Luckan und Schacht "Gläubigerschutz, Publizität und Haftung", DB 1970, 1449 ff
- Lutter Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964  
(zit.: in Kapital)
- "Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft", in Probleme der GmbH-Reform, Heft 25 der Schriftenreihe "Rechtsfragen der Handelsgesellschaften", Köln 1969 S. 63 ff  
(zit.: in Probleme)
- Maul "Die durch Sachlage gebotene Kapitalzuführung", BB 1969, 307 ff
- Messmer "Die durch Sachlage gebotene Kapitalzuführung im Recht der Gesellschaftssteuer und in dem Entwurf eines GmbH-Gesetzes - Zugleich ein Überblick über die bisherige Rechtsprechung zu § 3 des Kapitalverkehrssteuergesetzes", BB 1970, 1057 ff
- Meyer-Meulenbergh Genossenschaftsgesetz, Kurzkommentar, 11. Auflage, München 1970
- Müller Kl. "Die Sicherungsübertragung von GmbH-Anteilen" Heft 21 der Schriftenreihe "Rechtsfragen der Handelsgesellschaften", Köln 1969  
(zit.: in Sicherungsübertragung)
- "Die Verpfändung von GmbH-Anteilen", GmbHRdsch 1969, 4 ff, 34 ff, 57 ff
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, bearbeitet von B.Danckelmann, M. Degenhardt, H.Heinrichs, Th.Keidel, W.Lauterbach, H.Putzo, H.Thomas, 31. Auflage München 1972  
(zit.: Palandt-Heinrichs)
- Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1969  
(zit.: RefE zu § .. S...)
- Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) in BT-Drucksache 7/253 S. 80 ff
- Ring Eine Rechtsform für Kolonialgesellschaften ? Betrachtungen und Vorschläge, Berlin 1887/88

- Ruth "Eintritt und Austritt von Mitgliedern - eine Studie zum Körperschaftsrecht", ZHR 88, 455 ff
- Saage "Die Gefährdung der Gläubiger- und Aktionärsrechte durch wechselseitige Beteiligungen", NB 1968, Heft 8 S. 14 ff
- Schacht s.o. Luckan
- Schilling Anmerkung zum BGH-Urteil vom 24.3.1954, JZ 1954, 635 f
- Schlegelberger Aktiengesetz, Kommentar, 3. Auflage, Berlin -Quassowski-Herbig 1939 (zit.: Schlegelberger-Quassowski) -Geßler-Hefermehl
- Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Auflage Köln 1964
- Sellien H. Finanzierung und Finanzplanung 2. Auflage Wiesbaden 1964
- Sellien R. Betriebswirtschaftslehre kurzgefaßt 8. Auflage Wiesbaden 1961
- Serick Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin, Tübingen 1955
- Simon "Deutsche Kolonialgesellschaften - Rechtliche Erörterungen und Vorschläge", ZHR 34 (1888) = 19 Neue Folge, 85 ff
- Sonnenberger "Das Darlehen des GmbH-Gesellschafters als Mittel der Gesellschaftsfinanzierung", NJW 1969, 2033 ff
- Statistisches... Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben vom Statistischen Bundesamt, Jahrgänge 1961, 1962, 1966, 1967, 1969, 1972, 1973
- Stellungnahme... des Arbeitsausschusses der Deutschen Gesellschaft für Betriebswirtschaft, DB 1970, 455 f (zit.: Stellungnahme Betriebswirtschaft)
- Stellungnahme... des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mbH, BT-Drucksache 7/253 S. 260 ff
- Stellungnahme... der Bundesregierung zum "Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft", BT-Drucksache IV/2320 S. 88 ff
- Stellungnahme... des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mbH, Bonn 1970 (zit.: Stellungnahme Anwaltsverein)
- Stenographische... Berichte über die Verhandlungen des Reichstages II. Session 1887/1888 2. Band
- Teichmann "Zur Reform der GmbH", JZ 1970, 132 ff
- Tittel "Gesellschafterdarlehen im Konkurs der GmbH" Diss. München 1969

- Ulmer "Die Gründung der GmbH" in Probleme der GmbH-Reform, Heft 25 der Schriftenreihe "Rechtsfragen der Handelsgesellschaften", Köln 1969, S. 42 ff  
(zit.: in Probleme)
- Unger Der Erwerb eigener Geschäftsanteile bei einer GmbH, Leipzig 1925
- Vogel GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Auflage Berlin und Frankfurt a.M. 1956
- Wagner Gesellschaftsrecht, Göttingen 1970
- Westermann H.P. Gläubigerschutz bei der Neuordnung der GmbH, Tübingen 1971
- Wiedemann Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965  
(zit.: in Mitgliedschaftsrechte)
- "Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH", in "Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH", Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung für Rechtsvergleichung in Berlin vom 27.-30.9.1967 mit Abhandlungen von H.Wiedemann (Köln), R.Bär (Zürich), L.Dabin (Lüttich), Frankfurt a.M., Berlin 1968  
(zit.: in Haftungsbeschränkung)
- Wieland Handelsrecht, Die Kapitalgesellschaften, 2. Band München und Leipzig 1931
- Wiethölter "Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes" in Probleme der GmbH-Reform, Heft 25 der Schriftenreihe "Rechtsfragen der Handelsgesellschaften", Köln 1969, S. 11 ff  
(zit.: Wiethölter in Probleme)
- Wilke, Berg, Gottschling, Kun- Handbuch der GmbH, 2. Auflage Köln 1961  
kel, Köhler (zit.: Wilke in Handbuch der GmbH etc.)
- Winkler "Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH", BB 1969, 1202 ff
- "Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH", GmbHRdsch 1972, 73 ff
- Winter G. "Der Konkurs der unterkapitalisierten GmbH" Diss. Hamburg 1973, veröffentlicht in Band 37 der Reihe "Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik", Bad Homburg v.d.H. 1973
- Winter H. "Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften" in Heft 6 der Schriftenreihe "Rechtsfragen der Handelsgesellschaften" Köln 1960 (zit.: in Beteiligungen)
- "Übersicht über die Ergebnisse der Umfrage zur rechtstatsächlichen Struktur der GmbH", Teil I und II, GmbHRdsch 1969, 119 ff, 145 ff

- Winter H. "Grundsätzliche Fragen zum Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes, GmbHRdsch 1972, 5 ff, 26 ff
- Wolany Buchbesprechung von Wüst (s.u.), ZHR 129, 133 ff
- Würdinger Gesellschaften, 2.Teil: Recht der Kapitalgesellschaften, Hamburg 1943  
(zit.: in Kapitalgesellschaften)
- "Die GmbH als verbundenes Unternehmen und im Konzern" in Probleme der GmbH-Reform, Heft 25 der Schriftenreihe "Rechtsfragen der Handelsgesellschaften", Köln 1969, S. 122 ff  
(zit.: in Probleme)
- Wüst "Gläubigerschutz bei der GmbH" in Veröffentlichungen der Wirtschaftshochschule Mannheim Reihe 2: Reden, Heft 13  
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1966
- Zöllner Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin 1963

## § 1 Einleitung

### I. Zielsetzung

Am 1.1.1974 sollte gemäß § 300 RegE, § 38 EEG ein neues Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Kraft treten. Der Bundesrat hat am 23.2.1973 dem RegE im wesentlichen zugestimmt.<sup>1)</sup> Am 22.3.1973 wurden die Gesetzesvorlagen in erster Lesung<sup>2)</sup> vom Bundestag verabschiedet und an die zuständigen Ausschüsse (Recht, Wirtschaft, Arbeit und Sozialordnung) verwiesen. In der Zielsetzung zum Gesetzesentwurf führt die Bundesregierung aus:

"Das beinahe 80 Jahre alte und gesellschaftsrechtlich im wesentlichen unveränderte GmbH-Gesetz soll zu einem modernen Organisationsgesetz fortentwickelt werden. Dabei soll der Schutz der Gesellschaftsgläubiger verstärkt und sollen die Rechte der einzelnen Gesellschafter (Minderheiten) verbessert werden. Darüberhinaus hat sich die Notwendigkeit ergeben, für bedeutsame Bereiche, die bisher ungeregelt waren, nunmehr gesetzliche Regelungen vorzusehen."<sup>3)</sup>

Dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dient auch die Erhaltung des Stammkapitals. Die dafür maßgeblichen Grundsätze werden zunächst nach dem geltenden Recht dargelegt. Bei dieser Erörterung werden jeweils im Anschluß die Vorschläge des RegE aufgezeigt. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die abweichenden Vorschriften darzustellen und diese unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob sie für eine Stärkung des Gläubigerschutzgedankens ausreichend sind oder ob sie zu weitgehende Einschränkungen der Privatautonomie der Gesellschafter beinhalten.

---

1) BT-Drucksache 7/253, Anlage 2 S. 260 ff;

2) der RegE war bereits 1972 einmal in den Bundestag eingebracht worden (BT-Drucksache VI/3088); die Verabschiedung erfolgte am 16.3.1972; die vorzeitige Auflösung des Bundestages im Jahre 1972 führte aber zu einer erneuten Vorlage.

3) BT-Drucksache 7/253 S. 80

## II. Kurzer Überblick über die Geschichte der GmbH-Reform

Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892, ist am 19. Mai 1892 in Kraft getreten.<sup>1)</sup> Mit diesem Gesetz hat der deutsche Gesetzgeber eine Gesellschaftsform geschaffen, die sich nicht aus geschäftlichen Gebräuchen des Wirtschaftslebens gebildet hatte. Ende der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts gab es nämlich im Deutschen Reich nach dem damals geltenden Recht, dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861<sup>2)</sup>, folgende Rechtsformen von Handelsgesellschaften: die Offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Aktiengesellschaft, die Stille Gesellschaft, die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, die Reederei. Diese Rechtsformen waren zwei großen Gruppen zuzuordnen: einmal die Personengesellschaften mit den Hauptvertretern OHG und KG, die auf mittelalterliche Vorbilder zurückgehen<sup>3)</sup>, zum anderen die sog. Kapitalgesellschaften, die Aktiengesellschaft und die bergrechtliche Gewerkschaft.<sup>4)</sup> Man sprach einerseits von "individualistischen", andererseits von "kollektivistischen" Gesellschaftstypen.<sup>5)</sup> In dieser Zeit hatte die Wirtschaft - bedingt durch die zunehmende Industrialisierung und durch den wachsenden Kolonialismus - einen erheblichen Aufschwung genommen. Die beiden Grundtypen, Personengesellschaft - Kapitalgesellschaft, schienen den wirtschaftlichen Ansprüchen nicht mehr ausreichend genug. Bei der Aktiengesellschaft rügte man die umständlichen Gründungsvorschriften, die insbesondere durch die Reform des Aktienrechts 1884 verschärft wurden, bei den Personengesellschaften die mangelnde Eignung für eine Aufnahme einer Vielzahl von Mitgliedern. In mehreren Denk-

---

1) RGBI S. 477

2) dieser von der damaligen Bundesversammlung des Deutschen Bundes ausgearbeitete Entwurf wurde von den meisten Staaten angenommen

3) "societas fratum" in Italien im 13. Jahrhundert und "commenda" - vgl. zur Geschichte Hueck S. 60 bzw. S. 95

4) diese war landesgesetzlich geregelt, vgl. für die Gebiete des ehemaligen Preußen die §§ 94 ff des preußischen Allgemeinen Berggesetzes vom 24.6.1865 in der damaligen Gesetzessammlung S. 705

5) vgl. Fischer S. 1

schriften<sup>1)</sup> wurde schließlich diese Auffassung der Praxis an den Gesetzgeber herangetragen, um darzulegen, daß eine neue, einfachere und beweglichere Rechtsform geschaffen werden müsse, die zwischen der "individualistischen" und der "kollektivistischen" Unternehmensform einzuordnen sei.<sup>2)</sup>

Der preußische Minister für Handel und Gewerbe befragte den Ausschuß des Deutschen Handelstages, die preußischen Handelskammern und die kaufmännischen Korporationen im April 1888, ob ein Bedürfnis für eine neue individualistisch gestaltete Gesellschaftsform bestehe, bei welcher die Haftung sämtlicher Gesellschafter auf eine bestimmte Gruppe beschränkt wäre.<sup>3)</sup>

Die Antwort war insgesamt bejahend.<sup>4)</sup> Streitig war allerdings, ob sich die neue Gesellschaftsform mehr an die Personengesellschaft<sup>5)</sup> oder mehr an die Kapitalgesellschaft<sup>6)</sup> anlehnen sollte. Der amtliche Entwurf des Reichsjustizamtes mit ausführlicher Begründung aus dem Jahre 1892 wählte eine mittlere Linie.<sup>7) 8)</sup>

Da die neue Gesellschaftsform somit einen Kompromiß darstellte, war klar, daß sie von Anfang an heftiger Kritik ausgesetzt war. Insbesondere wegen der Möglichkeit einer "Haftungsbeschränkung" gab es beachtliche Gegenmeinungen. Ein Hauptgegner noch im Gesetzgebungsverfahren war Reichsgerichtsrat Bähr.<sup>9)</sup> Seine Kritik gipfelte in der Forderung, die GmbH dürfe nicht zugelassen bzw. müsse abgeschafft werden. Bähr

- 1) Esser R. S. 33-47 unterbreitet einen Gesetzesentwurf mit 30 Artikeln für eine "Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit"; ähnlich Ring S. 56/57; Simon in ZHR 19, 140 ff will "Überseeische Aktiengesellschaften" bilden.
- 2) insbesondere für koloniale Unternehmungen erwiesen sich die bestehenden Gesellschaftsformen als unzureichend: das Risiko war nicht übersehbar, die Aufsicht erschwerte, der Kapitalbedarf kaum zuverlässig voraussehbar.  
vgl. die Beispiele von Simon in ZHR 19, S. 89 ff
- 3) vgl. Entwurf, Anlage A S. 3760
- 4) von den 84 befragten Handelskammern verneinten nur 29  
vgl. Entwurf, Anlage B S. 3766  
der Ausschuß des Deutschen Handelstages bejahte das Bedürfnis nach Befragung der Mitglieder der kaufmännischen Organisationen unter Vorlage eines 12 Abschnitte enthaltenden Gesetzesvorschlages, vgl. Entwurf, Anlage A S. 3760 ff
- 5) so der Reichstagsabgeordnete Oechelhäuser in Stenogr. Bericht 1887/88 S. 1155/56
- 6) so Ring a.a.O.; Esser R. a.a.O.; der Reichstagsabgeordnete Hammacher in Stenogr. Bericht 1887/88 S. 710-712
- 7) Entwurf vom 11.2.1892
- 8) ausführlich über die Entstehungsgeschichte berichten u.a. Fränkel S. 5 ff; Feine S. 1 ff
- 9) in Grenzböten 1892, 210 ff

sah Gefahren einer Einmann-GmbH durch Strohänner voraus und rügte vor allem, daß die Wirtschaft nunmehr sehr leicht juristische Personen gründen könne, deren Beteiligten zudem noch zu Unrecht gegenüber dem Einzelkaufmann und der Personengesellschaft das Vorrecht einer Haftungsbeschränkung zuerkannt wäre. Nachdem im Jahre 1900 bereits etwa 4000 Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH bestanden hatten<sup>1)</sup> und erste Erfahrungen gesammelt waren, wurden erste Reformvorschläge laut. Hachenburg veröffentlichte 1909 einen Aufsatz über die Frage: "Bedarf die GmbH einer Reform?"<sup>2)</sup> 1912 erörterte auch der Deutsche Juristentag im Zusammenhang mit der Frage der Vereinheitlichung deutschen und österreichischen GmbH-Rechts Reformfragen.<sup>3)</sup> Die umfangreichste Arbeit mit Reformvorschlägen aus der "Frühzeit" stammt von Fränkel aus dem Jahre 1915, der an Hand statistischer Untersuchungen aus Handelsregister- und Konkursakten einen umfangreichen Mißbrauchskatalog aufstellte und Reformvorschläge zur Beseitigung derselben unterbreitete.<sup>4)</sup> 1931 war Großmann-Doerth der große Kritiker, der nachdrücklich auf die Reformbedürftigkeit des GmbH-Gesetzes aufmerksam machte.<sup>5)</sup> Kurz nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten schien es, daß die GmbH insgesamt abgeschafft werde. Starke, fast rüde Angriffe, geprägt von nationalsozialistischem Gedankengut, waren mehrfach zu lesen.<sup>6)</sup> Ein Beispiel für viele: "Für eine Gesellschaftsform, die ihre Teilhaber und Geschäftsführer nicht nur in die Versuchung bringt, sondern geradezu dazu erzieht, zum Nachteil anderer eigennützig zu handeln, darf im nationalsozialistischen Staat kein Platz sein."<sup>7)</sup> Die GmbH sei abzuschaffen, sie sei weder notwendig noch solide, sie verderbe die Geschäftsmoral usw. Das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5.7.1934<sup>8)</sup> ließ die Zahl der GmbH's wesentlich absinken. In der amtlichen Erläuterung zu diesem Gesetz wird u.a. aus-

---

1) vgl. Barz, GmbHRdsch 1963, 124

2) in LZ 1909, 15-35

3) vgl. DJZ 1912, 1070-1075

4) Fränkel "Die GmbH"

5) Dt. Juristentag 1931

6) vgl. z.B. Großmann-Doerth, HansRGZ 1934, 19 ff und 1938, 209 ff

7) Fehling S. 74

8) RGBI I S. 569

geführt: "Das Gesetz bezweckt, in geeigneten Fällen die Abkehr von anonymen Gesellschaftsformen zu erleichtern und ihre Ersetzung durch Unternehmungen mit Eigenverantwortung des Inhabers zu fördern."<sup>1)</sup> Im Januar 1937 wurde jedoch von der Akademie für deutsches Recht unter der Leitung von Klausning ein "Ausschuß für Gesellschaften mit beschränkter Haftung" einberufen, der 1938 und 1940 je einen Arbeitsbericht vorlegte.<sup>2)</sup> Wesentliches Hauptergebnis: die GmbH soll weiter existieren, aber in vieler Hinsicht geändert werden. Das Reichsjustizministerium arbeitete unter Verwendung des Materials und der Anregungen dieses GmbH-Ausschusses einen Entwurf eines Gesetzes über die GmbH aus, der jedoch durch den Kriegszustand nicht mehr öffentlich bekannt wurde.<sup>3)</sup>

Nach dem 2. Weltkrieg unterbreitete zunächst C. Fischer in einer Studie einen vollständigen Entwurf für ein neues GmbH-Gesetz unter Auswertung statistischer Ergebnisse und nach Abwägung der gegensätzlichen Literaturmeinungen aus vorangegangener Zeit.<sup>4)</sup> Eine Studienkommission des Deutschen Juristentages 1951 befaßte sich mit "Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts."<sup>5)</sup> Immer wieder folgten Aufsätze zur GmbH-Reform.<sup>6)</sup> Das Bundesjustizministerium erachtete jedoch eine Reform des Aktienrechts für vorderrangig. Erst nach der Fertigstellung des Referentenentwurfs eines neuen Aktiengesetzes, der zum AktG vom 6.9.1965 führte,<sup>7)</sup> hat das Bundesjustizministerium unter der Leitung von Geßler einen Sachverständigenausschuß zur Reform des Rechts der GmbH zusammengerufen. Im Jahre 1969 wurde ein RefE veröffentlicht, der über 300 (!) Paragraphen beinhaltet. Das GmbHG von 1892 besteht aus 44 Paragraphen. Abgesehen von der Umfangerweiterung, stieß der RefE auf erhebliche Kritik. Aus den Jahren 1969 und 1970 liegen sehr viele Diskussionsbeiträge vor. Zu diesen wird im Zusammenhang mit den hier zu erörternden Fragen Stellung genommen werden.

---

1) DJ 1934, 883

2) vgl. Klausning 1. und 2. Arbeitsbericht

3) vgl. Barz in GmBHRdsch 1963, 124

4) vgl. C. Fischer mit dem Kapitel: "Der Kampf um die GmbH in der Wissenschaft und Öffentlichkeit von 1892 - 1945" S. 74 - 91

5) vgl. Ballerstedt in GmBHRdsch 1952, 1 ff

6) z.B. Barz a.a.O.; Wüst S. 5 ff; Geßler in GmBHRdsch 1966, 108 ff; Ballerstedt in GmBHRdsch 1967, 66 ff

7) BGBI I S. 1089



## § 2 Das Stammkapital einer GmbH

### I. Begriff und Bedeutung

#### 1. Das Stammkapital, ein zwingender Bestandteil der GmbH

##### a) Zusammensetzung und Höhe

Das Stammkapital ist der Vermögensgrundstock der GmbH, mit dem sie ins Leben treten soll.<sup>1)</sup> Es ist die Summe aller Stammeinlagen, d.h. der Vermögenswerte, die die einzelnen Gesellschafter einzulegen haben.<sup>2)</sup> Sein Betrag und die Beträge der einzelnen Stammeinlagen müssen im Gesellschaftsvertrag enthalten sein ( § 3 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 GmbHG). Der Mindestbetrag des Stammkapitals in Geld oder in Vermögenswerten ist nach § 5 Abs. 1 GmbHG die Summe von DM 20.000. Eine Höchstgrenze der Stammkapitalziffer ist gesetzlich nicht vorgesehen.<sup>3)</sup> Der Gesamtbetrag der Stammeinlagen muß mit dem Betrag des Stammkapitals übereinstimmen ( § 5 Abs. 3 S. 3 GmbHG). Bei der Errichtung der Gesellschaft darf jeder Gesellschafter nur eine Stammeinlage übernehmen, deren Wert mindestens DM 500 betragen und deren Betrag in Deutsche Mark durch hundert teilbar sein muß.<sup>4)</sup> Für die einzelnen Gesellschafter können verschiedene Stammeinlagebeträge bestimmt werden ( § 5 Abs. 1-3 GmbHG). Die Höhe des Stammkapitals wird nach der Anmeldung in der Form der §§ 7 und 8 GmbHG in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht ( § 10 Abs. 1 und 3 GmbHG).

##### b) Aufbringung

Zum Zeitpunkt der Anmeldung muß das Stammkapital bei Geldeinlagen von den Gesellschaftern zwar vollständig übernommen, aber noch nicht vollständig eingezahlt sein. Es genügen laut § 7 Abs. 2 GmbHG von jeder Stammeinlage ein Viertel, mindestens der Betrag von jeweils DM 250.<sup>5)</sup> Die Restbeträge müssen eventuell mit Verzugszinsen nachgezahlt werden, ohne daß

1) vgl. Scholz § 3, Anm. 7; Brodmann § 3, Anm. 5b; Hueck S.242

2) vgl. Feine S. 89; Wieland S. 309/310; Würdinger in Kapitalgesellschaften S. 238; Brodmann § 5, Anm. 1a; Schilling in Hachenburg § 5, Anm. 10;

3) vgl. Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 47

4) Bei einem Mindeststammkapital von DM 20.000 und jeweiligen Mindeststammeinlagen von DM 500 könnten somit maximal 40 (!) Gesellschaften beteiligt sein.

5) Bei 2 Gesellschaftern zu DM 10.000 damit 2 x DM 2.500 bei 20 zu DM 1.000, 10 x DM 250.

eine Aufrechnung, ein Erlaß oder eine Stundung zulässig sind (§§ 19, 20 GmbHG). Im Fall der verzögerten Zahlung kann zudem durch das Kaduzierungsverfahren nach § 21 GmbHG der säumige Gesellschafter seiner erbrachten Teilzahlungen und seines Geschäftsanteiles für verlustig erklärt werden. Die Sacheinlagen und -übernahmen, die anstatt Geldeinlagen auf das Stammkapital erbracht werden, müssen dagegen dem(n) Gesellschafter(n) bei der Anmeldung in voller Höhe zur Verfügung stehen.<sup>1)</sup> Der Wert der Sacheinlagen und -übernahmen bestimmt sich allein nach den Angaben der Anmeldenden, für dessen Richtigkeit sie gemäß § 9 Abs. 1 GmbHG haften.

### c) Grundsatz des festen Stammkapitals

Während der Dauer der Gesellschaft darf das Stammkapital nicht unter die Mindestgrenze von DM 20.000 herabgesetzt werden <sup>2)</sup> (§ 58 Abs. 2 GmbHG). Bei höheren Stammkapitalziffern als DM 20.000 ist eine Kapitalherabsetzung nur unter Beachtung von Publizitäts- und Formvorschriften zulässig.<sup>3)</sup> Eine Kapitalerhöhung, die in unbegrenzter Höhe möglich ist, kann nur in notarieller Beurkundung und mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen der Gesellschafter beschlossen werden.<sup>4)</sup> Da somit die GmbH nur mit einem im Gesellschaftsvertrag festgelegten Stammkapital entstehen und fortbestehen soll und eine Änderung des Stammkapitals immer eine Satzungsänderung ist, die einen erheblichen Aufwand erfordert, spricht man von einem Grundsatz des f e s t e n Stammkapitals wie bei der Aktiengesellschaft.<sup>5)</sup>

Das Stammkapital ist damit als Entstehungsvoraussetzung bei der Gründung und als nicht willkürlich aufhebbarer Teil des

---

1) in ständiger Rspr.: RGZ 84, 332 ff (337) Urt. 5.3.1914; RGZ 141, 204 ff (209) Urt. v. 20.6.1933

vgl. ferner Baumbach-Hueck § 7, Anm. 4 B; Schilling in Hachenburg § 7, Anm. 14 m.w.N. und unter Bezugnahme auf die amtliche Begründung, Entwurf v. 11.2.1892

a.A.: Feine S. 140 ff; Brodmann § 8, Anm. 4 a - diese Meinungen haben sich aber nicht durchgesetzt

2) Dies war zwar durch § 8 der 1. DurchfVO v. 18.2.1932 (RGBl I S. 75) mit den weiteren 15 DurchfVOen bis zum 31.12.1939 zulässig. Diese VOen wurden aber mit Wirkung v. 18.5.1950 durch § 1 HandelsRBereinG (BGBl S. 90) aufgehoben.

3) vgl. § 58 Abs. 1 Ziff. 1-4 GmbHG; s.u. § 6 I.

4) vgl. §§ 53 ff GmbHG, insbesondere § 55

5) so Feine S. 246

Gesellschaftsvertrages ein zwingender Bestandteil einer GmbH.

## 2. Steuerrechtliche Pflichten und bilanztechnische Behandlung des Stammkapitals

Bei der Gründung oder Kapitalerhöhung erwerben die Gesellschafter durch die von ihnen eingezahlten Stammeinlagen oder eingebrachten Sacheinlagen einen Geschäftsanteil.<sup>1)</sup> Dadurch erhält der Gesellschafter neu geschaffene Mitgliedschaftsrechte an einer Gesellschaft. Umgekehrt wird durch die Einlagen ein Kapital gebildet. Diese Kapitalbildung und der damit verbundene Ersterwerb von Gesellschaftsrechten ist nach §§ 2 Abs. 1 Ziff. 1, 6 Abs. 1 Ziff. 1 KVStG steuerpflichtig. Während des Fortbestandes der GmbH löst der Kauf von Geschäftsanteilen gemäß den §§ 17, 19 Abs. 1 Ziff. 3 KVStG Börsenumsatzsteuer aus, wenn kein Ersterwerb vorliegt.

Laut § 42 Ziff. 4 S. 1 GmbHG ist der Betrag des im Gesellschaftsvertrag bestimmten Stammkapitals unter die Passiva der Bilanz<sup>2)</sup> aufzunehmen. Die Pflicht, zum Schluß eines jeden

---

1) Über die Einzelheiten s. u. § 4 II. und III.

2) für die Bilanz und die Bilanzierungsgrundsätze vgl. §§ 40 ff GmbHG und die ausführliche Kommentierung von Schilling in Hachenburg zu § 42 sowie §§ 151 ff AktG.

Hier nur einige Grundsätze:

In die Bilanz sind Vermögen und Schulden nach dem Stand und dem Wert des Bilanzstichtages aufzunehmen. Die Bilanz ist in Aktiva und Passiva zu unterteilen; auf der Aktivseite (linke Seite) hat die Gesellschaft alle Gegenstände aufzuführen, die in ihrem Eigentum stehen, wobei zum Eigentum auch das wirtschaftliche Eigentum i.S.d. § 11 StAnpG zählt (z.B. werden Wirtschaftsgüter, die zum Zweck der Sicherung übereignet sind, dem Veräußerer zugerechnet). Die Passiva (rechte Seite) bilden sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft; weiter alles, was kraft gesetzlicher Bestimmung auf der rechten Seite zu stehen hat.

Grundsatz der Bilanzklarheit: Der Jahresabschluß ist so klar und übersichtlich aufzustellen, daß er einen möglichst sicheren Einblick in die Lage der GmbH gewährt.

Grundsatz der Bilanzwahrheit: Die Eintragungen in den Büchern müssen die tatsächlichen Geschäftsvorfälle wahrheitsgetreu wiedergeben.

Niederstwertprinzip: Höchstwerte in Bilanzierungsvorschriften sollen einen zu hohen Wertansatz von Aktiven und einen zu niedrigen von Passiven verhindern; vgl. zu letzterem auch Lutter in Kapital S. 362 ff

Die Gliederungs- und Bewertungsvorschriften für die Aktiengesellschaft, §§ 151 ff AktG, gelten im Einzelfall auch für die GmbH, so der RfH 46, 304 (305) Urt. v.

14.3.1939

Geschäftsjahres eine Bilanz aufzustellen, ergibt sich für die GmbH - als Handelsgesellschaft Kaufmann kraft Gesetzes - aus § 13 Abs. 3 GmbHG, §§ 6, 39 ff HGB, § 41 Abs. 2 GmbHG. Durch die Aufnahme des Stammkapitals in die Passiva wird erreicht, daß auf der Aktivseite mehr als der Betrag des Stammkapitals an Vermögen da sein muß, damit die Bilanz einen ausschüttungsfähigen Gewinn nachweisen kann.<sup>1)</sup> Bilanz-technisch gesehen ist somit das Stammkapital ein konstanter, ideeller Rechnungs- und Buchposten<sup>2)</sup>, der durch Aktiva in gleicher Höhe wie die Stammkapitalziffer gedeckt sein soll. Die Aufstellung als Passivposten wirkt insofern als Sperrvorrichtung.<sup>3)</sup>

### 3. Wirtschaftliche Bedeutung

Mit dem Stammkapital wird gearbeitet.<sup>4)</sup> Zu Beginn des Geschäftsbetriebes werden z.B. Gebühren, Miete, Steuern, Maschinen und Löhne davon bezahlt. Sein Geld bzw. sein Vermögenswert wird von den Gesellschaftern aufgebracht; es handelt sich hierbei um eine Investition von Privatvermögen der Gesellschafter in der Hoffnung, Gewinne zu erzielen. Das Stammkapital ist demnach Bestandteil des sog. Eigenkapitals der Gesellschaft. Dieses wird in der Betriebswirtschaftslehre als "das den Unternehmern gehörende Kapital" definiert.<sup>5)</sup> Sein wesentliches Merkmal: es steht der Unternehmung zur völlig freien Verfügung, ohne an einen Rückzahlungstermin gebunden zu sein und nimmt am Gewinn des Unternehmens teil.<sup>6)</sup> Als Bestandteil des Eigenkapitals zählt das Stammkapital daher zum Gesellschaftskapital, der Grundlage eines jeden Unternehmens in Gesellschaftsform. Das Gesellschaftskapital ist "der in Geldeinheiten ausgedrückte Wert aller

---

1) vgl. Schilling in Hachenburg § 42, Anm. 26; Brodmann § 3, Anm. 5 b

2) Feine S. 243; Brodmann a.a.O.; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 2 A "Bilanzziffer"; Lutter in Kapital S. 42 "Rechengröße"

3) vgl. Feine a.a.O.; Würdinger in Kapitalgesellschaften S. 238

4) vgl. Fabricius, GmbHRdsch 1970, 139; Sonnenberger, NJW 1969, 2034

5) so Gutenberg, Einf. S. 99; ähnlich Sellien H. S. 24

6) Gegensatz: "Fremdkapital", das der Unternehmung von Dritten zur Verfügung gestellte Kapital; es ist zeitlich begrenzt und gegen Entgelt verfügbar, dafür unabhängig von Verlust und Gewinn; so Gutenberg, Einf. S. 100; Sellien H. S. 24 f; Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 10

zum Bestande eines Unternehmens gehörenden Güter".<sup>1)</sup> Dieses wird nach Meinung der Betriebswirtschaftslehre in das Gesellschaftsvermögen investiert, das als "die Summe der Werte aller materiellen und immateriellen Güter" angesehen wird.<sup>2)</sup> Da nach diesen Definitionen das Gesellschaftsvermögen lediglich widerspiegelt, wie das Gesellschaftskapital investiert wurde, sind Kapital und Vermögen stets gleich.<sup>3)</sup> Mit dem Gesellschaftsvermögen ist das Stammkapital allenfalls bei Geschäftsbeginn identisch<sup>4)</sup>, wenn nämlich die eingebrachten Sacheinlagen oder die eingezahlten Stammeinlagen den einzigen Vermögenswert darstellen, die die GmbH im Gründungsstadium besitzt. Während der Lebensdauer der Gesellschaft ist das Gesellschaftsvermögen eine wechselnde reale Größe je nach Geschäftsverlauf, deren Höhe nur für bestimmte Stichtage mittels der Bilanz festgestellt wird.<sup>5)</sup> Das Stammkapital ist wirtschaftlich betrachtet als Betriebs- und Startkapital der Grundstock des Gesellschaftsvermögens.<sup>6)</sup>

#### 4. Rechtliche Bedeutung des Stammkapitals

##### a) Historische Funktion

Durch die Eintragung im Handelsregister und durch die Veröffentlichung hat das Stammkapital zunächst eine "historische" Bedeutung: für den Dritten ist aus der Ziffer des Stammkapitals zu entnehmen, daß die Gesellschafter bei der Gründung der GmbH jedenfalls diesen Gesamtwert eingelegt bzw. sich wenigstens verpflichtet haben, nach der Mindesteinlage auch die Restbeträge ihrer Stammeinlage aufzubringen und daß die GmbH beabsichtigt, ihren Betrieb mit diesem "Startkapital" zu eröffnen.<sup>7)</sup>

---

1) so Gutenberg Einf. S. 100

2) vgl. Gutenberg, Einf. S. 106

3) vgl. Höper S. 24

4) vgl. Feine S. 90; Vogel § 3, Anm. 5; Scholz § 3, Anm. 7; Baumbach-Hueck § 3, Anm. 5; Schilling in Hachenburg § 3, Anm. 13;

5) vgl. Feine S. 243; Brodmann § 3 Anm. 5 a

6) vgl. Wilke - Köhler in Handbuch der GmbH S. 27

7) so Feine S. 245 unten

b) Gesamtheit der Mitgliedschaften

Feine sieht eine weitere Bedeutung des Stammkapitals darin, daß dieses zugleich die Gesamtheit der Mitgliedschaften verkörpere.<sup>1)</sup> Diese Ansicht ist insoweit richtig, als ein Mitgliedschaftsrecht an der GmbH nur durch Übernahme einer Stammeinlage bei der Gründung oder einer Kapitalerhöhung oder durch Erwerb eines Geschäftsanteils, der sich nach dem Betrag der geleisteten Stammeinlage bestimmt (§ 14 GmbHG), erworben werden kann und daß das Stammkapital die Summe der Stammeinlagen darstellt. Andererseits steht aber auch fest, daß sich das Gebot des § 5 Abs. 3 S. 3 GmbHG - Übereinstimmung des Gesamtbetrages der Stammeinlagen mit der Stammkapitalziffer - nur auf das Gründungsstadium bezieht.<sup>2)</sup> Durch eine Amortisation, d.h. Einziehung eines Geschäftsanteiles nach § 34 GmbHG i.V.m. den betreffenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, kann z.B. nämlich die Zahl der Geschäftsanteile von der der geleisteten Stammeinlage abweichen. Außerdem kann das Stammkapital nach § 58 GmbHG ohne anteilsmäßige Herabsetzung der jeweiligen Stammeinlagen herabgesetzt werden.<sup>3)</sup> Im späteren Leben der GmbH gibt somit die Stammkapitalziffer keine verbindliche Auskunft darüber, wie viele Mitgliedschaften und in welcher Höhe in ihr enthalten sind. Die von Feine gesehene Bedeutung dürfte daher nur eine geringe praktische Auswirkung besitzen.

c) Sicherung der Gesellschaftsgläubiger

Die wesentliche rechtliche Bedeutung des Stammkapitals liegt darin, daß es als Garantiefond bzw. -summe den Gesellschaftsgläubigern dienen soll. Dies ist allgemein anerkannt.<sup>4)</sup> Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet nur das Gesellschaftsvermögen; eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist ausgeschlossen (§ 13 Abs. 2 GmbHG)<sup>5)</sup>. Naturgemäß haben die Gläubiger ein Interesse, daß das Gesellschaftsvermögen,

---

1) Vgl. Feine S. 245

2) vgl. Schilling in Hachenburg § 5, Anm. 10

3) s.u. § 6 III

4) vgl. Wieland S. 309; Feine S. 246; Würdinger in Kapitalgesellschaften S. 238; Hueck S. 242; Wagner S. 286; Ballerstedt in Kapital S. 91; Lutter in Kapital S. 50; Drobnig S. 12 ff; Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 6/7; Scholz § 3 Anm. 7; Vogel § 3 Anm. 5; Schilling in Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 13 ff; Sch.-Fischer § 3 Anm. 5; Baumbach-Hueck § 30 Anm. 1

5) Über den Grundsatz der Haftungsbeschränkung vgl. auch Feine S. 245

die Haftungsgrundlage, nicht durch Ausschüttungen und Rückzahlungen geschmälert wird. Dies ist auch wenigstens zum Teil die Absicht der Gesellschafter, weil sie bestrebt sein müssen, die Kreditwürdigkeit und den Bestand der Gesellschaft zu erhalten. Andererseits geht das Hauptbestreben der Gesellschafter selbstverständlich dahin, für sich große Gewinne zu erzielen. In diesem Interessenstreit erfüllt das Stammkapital eine Pufferfunktion.<sup>1)</sup>

Das Gesetz verpflichtet die Gesellschafter, den Betrag des Stammkapitals den Gesellschaftsgläubigern sicherzustellen, indem das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden darf (§ 30 Abs. 1 GmbHG)<sup>2)</sup>. Gegen verbotswidrig erfolgte Auszahlungen sind die Gläubiger durch Rückzahlungs- und Deckungspflichten weitgehend geschützt (§ 31 GmbHG)<sup>3)</sup>. Damit sollen Dritte davon ausgehen können, daß "unter Berücksichtigung bereits vorhandener, betrieblicher Verluste und einer direkten vermögensmäßigen Schuldendeckung weitere Vermögenswerte vorhanden sind, die die Höhe"<sup>4)</sup> des Stammkapitals erreichen. Im Falle eines Konkurses soll wenigstens ein Vermögen in Höhe des Stammkapitals die Verluste der Gesellschaft auffangen.<sup>5)</sup> Natürlich kann das Stammkapital die Gläubiger nicht endgültig vor Verlusten schützen, wenn nämlich bei ungünstigem Geschäftsablauf bedingt z.B. durch eine allgemeine Wirtschaftskrise das Vermögen der GmbH unter das Stammkapital sinkt; außerdem kann die Summe der Forderungen aller Gesellschaftsgläubiger bei weitem das Stammkapital übersteigen. Dennoch bildet das Stammkapital "als Mindestbetrag"<sup>6)</sup> des den Gläubigern vorbehaltenen Gesellschaftsvermögens ein Äquivalent beschränkter Haftung",<sup>7)</sup> es wird auch als "Korrelat der Nichthaftung der Gesellschafter" bezeichnet.<sup>8)</sup>

---

1) vgl. Maul, BB 1969, 309

2) dazu unten § 3 I

3) dazu unten § 3 III

4) so Maul a.a.O.

5) vgl. Fabricius, GmbHRdsch 1970, 139

6) es steht den Gesellschaftern frei, den Gläubigern neben der gesetzlichen Mindestgarantie des Stammkapitals durch Nachschuß-, Reserve- oder Erneuerungsfonds, die ebenfalls in die Passivseite der Bilanz aufgenommen werden müssen (§ 42 Ziff. 4 GmbHG), eine höhere Sicherheit zu schaffen

7) vgl. Wiedemann, Haftungsbeschränkung S. 7; ebenso Lutter in Kapital S. 49

8) so Scholz § 3, Anm. 7

## 5. Zusammenfassung

Das Stammkapital läßt sich zusammenfassend in seinem Begriff und in seiner Bedeutung wie folgt definieren: es ist notwendige Grundlage der Errichtung einer GmbH; es ist als solche die Summe der Einlagen, welche innerhalb eines Systems von Sicherungsvorschriften mindestens auf die vereinbarte, nicht willkürlich veränderbare Kapitalhöhe geleistet werden müssen. Weiter ist es als fixierter, nicht willkürlich veränderbarer, unausgeschiedener und rechnerischer Teil des Gesellschaftsvermögens ein besonderen Regeln unterliegendes Garantievermögen für Gesellschaftsgläubiger.<sup>1)</sup>

## II. Begriff und Bedeutung des Stammkapitals im RegE

Man kann generell feststellen, daß der RegE an der rechtlichen, wirtschaftlichen, bilanztechnischen und steuerlichen Funktion des Stammkapitals nichts geändert hat. Das Stammkapital ist weiterhin als zwingender Bestandteil sowohl bei der Errichtung als auch bei der Fortdauer der GmbH vorgesehen.<sup>2)</sup>

### 1. Zusammensetzung

Abweichungen gegenüber dem geltenden Recht bestehen aber bei der Zusammensetzung: nach § 1 Abs. 2 RegE soll das Stammkapital nicht mehr die Summe der Stammeinlagen, sondern die der Geschäftsanteile darstellen. Der Geschäftsanteil bestimmt sich nicht mehr nach der Höhe der übernommenen Stammeinlage, sondern weist in einer Mindesthöhe von DM 500 einen eigenen "Nennbetrag"<sup>3)</sup> aus ( § 5 Abs. 1 und 2 RegE). Die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile soll damit nicht nur im Gründungsstadium<sup>4)</sup>, sondern künftig auch während der gesamten Lebensdauer der Gesellschaft mit dem Nennbetrag des Stammkapitals übereinstimmen müssen.<sup>5)</sup> Dieses Ziel soll dadurch erreicht werden, daß nach § 177 Abs. 1 RegE eine Kapi-

---

1) vgl. Lutter in Kapital S. 52

2) vgl. §§ 1, 5 u.a. RegE

3) mit dem Ausdruck "Nennbetrag" will der RegE eine Vereinheitlichung der Gesetzessprache erreichen: siehe auch § 6 AktG "Nennbetrag" der Aktie; § 64 Abs. 1 Umwandlungsg vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 87

4) s.o.S. 10

5) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 84

talherabsetzung nur durch Herabsetzung der Nennbeträge der Geschäftsanteile zu vollziehen ist und daß sich bei einer Amortisation - nach wie vor ohne Kapitalherabsetzung zulässig - die Nennbeträge der übrigen Geschäftsanteile um den durch die Einziehung freigewordenen Teil des Stammkapitals erhöhen (§ 58 Abs. 5 RegE).<sup>1)</sup>

Im Gegensatz zum geltenden Recht (§ 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG) brauchen die Nennbeträge nicht mehr durch hundert teilbar zu sein, um Schwierigkeiten z.B. bei der Teilung eines zum Nachlaß gehörenden Geschäftsanteiles zu vermeiden.<sup>2)</sup>

Auf jeden Geschäftsanteil ist eine "Einlage" zu leisten, deren Betrag oder Wert mindestens den Nennbetrag des Geschäftsanteiles erreichen muß (§ 6 Abs. 1 RegE). Hier fällt zunächst auf, daß der Begriff "Stammeinlage" nicht mehr verwendet werden soll. Die Begründung zum RegE stellt klar, daß eine sachliche Änderung dadurch nicht beabsichtigt ist; es handele sich nur um eine sprachliche Vereinfachung.<sup>3)</sup> Wichtiger dabei ist, daß der RegE andere Prioritäten setzt. Der Gesetzesaufbau des GmbHG regelt erst die Stammeinlage (§§ 3 Abs. 1 Ziff. 4, 5 Abs. 1-4 GmbHG), der Geschäftsanteil bestimmt sich nach dem Betrag der übernommenen Stammeinlage. Im RegE dagegen wird vorderrangig der Geschäftsanteil behandelt (§§ 1 Abs. 2, 5 Abs. 1-4 RegE), die zu leistende Einlage richtet sich nach der Höhe des Nennbetrages der Geschäftsanteile.<sup>4)</sup>

## 2. Höhe

Der Nennbetrag des Stammkapitals soll auch nach dem RegE mindestens DM 20.000 betragen müssen (§ 5 Abs. 2 RegE). Im RefE vom 1.4.1969 sollte der Mindestbetrag auf DM 50.000 heraufgesetzt werden (§ 6 Abs. 2 RefE). Gerade um diesen Reformvorschlag entbrannte ein heftiger Streit.<sup>5)</sup> Die Bundesregie-

---

1) siehe auch unten § 6 III

2) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 87

3) vgl. BT-Drucksache a.a.O.

4) vgl. BT-Drucksache a.a.O.

5) für die Erhöhung: Geßler in BB 1969, 590; wohl auch Teichmann JZ 70, 133;  
gegen die Erhöhung: u.a. Wiethölter in Probleme S. 11 (15), Barz in GmbH-Reform S. 37 ff; Limbach in GmbH-Reform S. 20 ff; Ulmer in Probleme S. 47 ff  
differenzierend: Hofmann in AG 1969, 337 ff; Fabricius in GmbHRdsch 1970, 137 ff  
zu diesem Streit ausführlich unten § 2 III

rung hat sich den Argumenten der Gegner einer Erhöhung aber wohl nicht verschließen können. Daher führt sie in ihrer amtlichen Begründung aus: "Die überwiegende Mehrzahl der heute insgesamt etwa 83 000 Gesellschaften mbH hat ein Stammkapital von DM 20.000, ohne daß in der Vielzahl der Fälle so ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten eingetreten sind, daß eine Heraufsetzung des Mindeststammkapitals unausweichlich ist."<sup>1)</sup> Außerdem werde die GmbH nicht selten als Rechtsform für besondere Vereinigungen oder Einrichtungen verwendet, für die nicht stets ein Stammkapital von mehr als DM 20.000 erforderlich erscheine.<sup>2)</sup> Der Bundesrat ist dagegen der Meinung, das Mindeststammkapital solle auf DM 50.000 heraufgesetzt werden.<sup>3)</sup>

### 3. Kapitalaufbringung

Die Vorschriften über die Gründung und die Kapitalaufbringung hat der RegE wesentlich verschärft:

Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn auf jede Einlage, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel eingezahlt ist (§ 17 Abs. 1 S. 1 RegE). Dieser Betrag muß dem(n) Geschäftsführer(n) endgültig zur freien Verfügung stehen, soweit er nicht für Steuern und Gebühren bei der Gesellschaftsgründung verwandt wurde (§ 17 Abs. 3 RegE). Entsprechend § 54 Abs. 3 AktG soll auch im GmbH-Recht die Zahlungsweise "mit gesetzlichen Zahlungsmitteln" geregelt werden (§ 17 Abs. 2 RegE). Die entscheidende Änderungsvorschrift ist der § 17 Abs. 1 S. 2, nach dem mindestens DM 20.000 als reine Geldeinlage oder als Geldeinlage plus Gesamtnennbetrag von Geschäftsanteilen für Sacheinlagen erreicht sein müssen. Bei dem vorgeschriebenen Mindestkapital von DM 20.000 ist eine Gesellschaftsgründung nur dann zulässig, wenn dieses bei der Anmeldung voll eingezahlt ist. Eine weitere Folge: bei Gesellschaften mbH und einem Stammkapital von DM 20.000 ist ein Kaduzierungsverfahren praktisch ausgeschlossen.<sup>4)</sup>

---

1) BT-Drucksache 7/253 S. 87

2) vgl. BT-Drucksache a.a.O.

3) vgl. BT-Drucksache, Anlage 2 S. 260/261

4) dieses Verfahren ist in den §§ 31 ff RegE sehr ausführlich und kompliziert geregelt. Seine Darstellung berührt aber nicht die hier zu erörternden Probleme.

Bei einer Sachgründung müssen die Gründer einen Sachgründungsbericht anfertigen (§ 14); außerdem ist bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen von Gegenständen, die als Sachen oder Wertpapiere keinen Börsen- oder Marktpreis haben, eine besondere Gründungsprüfung nach Anhörung der Industrie- und Handelskammer vorgesehen (§ 15); schließlich soll auch das Gericht bei der Eintragung der Gesellschaft eine Pflicht zur Prüfung der Sacheinlagen oder -übernahmen auf etwaige Überbewertungen treffen (§ 20). Im Fall einer Überbewertung muß ebendrein der betreffende Gesellschafter in Höhe der Differenz eine Geldeinlage leisten (§ 24); außerdem sollen die Gründer und die Gesellschafter noch zusätzlich (in Übereinstimmung mit § 46 AktG) für die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer diesbezüglichen Angaben haften (§ 25).<sup>1)</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten: der RegE sieht das Stammkapital in seiner Bedeutung wie das geltende Recht. Im Interesse eines verbesserten Gläubigerschutzes verschärft er das Kapitalaufbringungsverfahren. Um Schwindelgründungen zu verhindern, erschwert er zudem die Gründungsvorschriften und das Recht der Sacheinlagen.<sup>2)</sup>

---

1) vgl. Emmerich, Jus 1973, 520 ff (521); Ulmer in Probleme S. 42 ff

2) nicht zuletzt deswegen stößt der RegE gerade in Wirtschaftskreisen auf Kritik

### III. Kritik

Durch die Beibehaltung der Grundkonzeption einer GmbH - Kapitalgesellschaft mit Stammkapital - sind nach Veröffentlichung des RefE zahlreiche kritische Stimmen<sup>1)</sup> laut geworden, die den Verfassern des RefE/RegE vorwerfen, sie würden "vielfach nur Erkenntnisse der Rechtsprechung fixieren und gar keine entscheidenden Änderungen bringen"<sup>2)</sup>; der Entwurf nehme nicht genügend Rücksicht auf die Erfordernisse der modernen GmbH-Praxis und auf die Vielfalt des heutigen Erscheinungsbildes der GmbH<sup>3)</sup>; er würde das rechtstatsächlich immer schon und immer noch falsche Bild der GmbH als einer "kleinen Aktiengesellschaft" noch stärker betonen<sup>4)</sup>; entscheidende Probleme der Einmangengesellschaft und der GmbH & Co KG seien bewußt ausgespart worden<sup>5)</sup>; die Verfasser hätten es versäumt, als Rechtssoziologen die soziale Wirklichkeit zu erkunden und zu analysieren und dadurch verkannt, daß sich das Recht der Kaufleute und Handelsgesellschaften zu einem gemeinsamen Unternehmensrecht entwickle<sup>6)</sup>; schließlich habe der Entwurf auch die Vereinheitlichkeitsbestrebungen im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft außer acht gelassen.<sup>7)</sup> Auch die Probleme der Konkursanfälligkeit der GmbH<sup>8)</sup>, zu geringes Stammkapital und mangelnder Gläubigerschutz<sup>9)</sup>, unangemessene Eigenkapitalausstattung<sup>10)</sup> und Fragen zur Haftungsbeschränkung<sup>11)</sup> wurden unter teilweiser Wiederholung schon früher geäußerter Argumente<sup>12)</sup> angesprochen. Diese zuletzt

- 
- 1) vgl. u.a. Wiethölter in Probleme S. 11 ff; Limbach in GmbH-Reform S. 11 ff; Ballerstedt, ZHR 135, 383 und 479 ff; Kreplin, BB 1970, 93 ff; Stellungnahme Anwaltsverein S. 1 ff; Centrale für GmbH, GmbHHRdsch 1969, 95/96
  - 2) so die Stellungnahme Anwaltsverein S. 3; auch Lutter in Probleme S. 63
  - 3) vgl. Lutter in Probleme S. 64; Stellungnahme Anwaltsverein S. 4
  - 4) so die Centrale für GmbH a.a.O.
  - 5) vgl. Limbach, GmbHHRdsch 1970, 87; siehe auch RefE zu § 3 S. 141
  - 6) vgl. Limbach a.a.O.
  - 7) vgl. Lutter in Probleme S. 64/65; Barz in GmbH-Reform S. 41
  - 8) vgl. dazu unten § 2 III 1.
  - 9) vgl. dazu unten § 2 III 2.
  - 10) vgl. dazu unten § 2 III 4.
  - 11) vgl. dazu unten § 2 III 2.
  - 12) s.o. § 1 II zur Geschichte der GmbH-Reform

genannten Fragen beschäftigen sich unmittelbar mit dem Stammkapital, seiner Existenz, seiner Ausgestaltung, seiner Höhe. Sie sind daher zunächst zu erörtern, bevor die Grundsätze zur Erhaltung des Stammkapitals nach geltendem Recht und im RegE dargestellt werden.

## 1. Zur Konkursanfälligkeit

### a) Statistische Zahlen

In mehreren Veröffentlichungen<sup>1)</sup> zum RefE wird immer wieder auf die relativ hohe Konkursquote der Unternehmen in der Rechtsform der GmbH hingewiesen. Dazu einige statistische Zahlen: am 1.1.1972 waren in der Bundesrepublik Deutschland 88 483 GmbH's (einschließlich der Unternehmen in der Rechtsform der GmbH & Co KG) im Handelsregister eingetragen, am 31.12.1972 sogar 100 690 mit einer Gesamtsumme der Stammkapitalbeträge von DM 52.7 Mrd<sup>2)</sup>; 515<sup>3)</sup> Gesellschaften fielen 1972 in Konkurs, das entspricht einem Prozentsatz von 0.51 %. Die Vergleichszahlen für Aktiengesellschaften für denselben Zeitraum lauten: Bestand 1.1.1972: 2295 - 31.12.1972: 2271, Konkursöffnungen<sup>4)</sup> = 0.39 %. In den Jahren 1966/67, einer Zeit wirtschaftlicher Rezession, stieg der Prozentsatz in Konkurs geratener GmbH's auf 0.75 % bzw. 0.89 %, während er bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien bei 0.41 % bzw. 0.21 % lag.<sup>5)6)7)</sup> Um einen Vergleich mit Personengesellschaften zu ziehen, muß auf das Jahr 1961 zu -

---

1) vgl. Ulmer in Probleme S. 45; Westermann S. 10; Arbeitskreis GmbH-Reform S. 13/14

2) vgl. die Tabelle von Hansen, AG 1973, 220 unten

3) siehe Hansen a.a.O.

4) vgl. Hansen a.a.O. S. 218

5) 1966 GmbH: Bestand 58 024; Konkurs 436 = 0.75 %  
AGen: Bestand 2 420; Konkurs 10 = 0.41 %

1967 GmbH: Bestand 62 383; Konkurs 560 = 0.89 %  
AGen: Bestand 2 351; Konkurs 5 = 0.21 %

in 130 bzw. 199 Fällen wurde bei den GmbH's die Konkursöffnung mangels Masse abgelehnt!  
vgl. St.Jb. für die BRD 1967 S. 200/201; 1968 S. 182/183; 361

6) verfolgt man z.Zt. die Veröffentlichungen über die Eröffnungen von Konkursverfahren im Wirtschaftsblatt der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, dürften die Zahlen für 1973 und 1974 höher liegen.

7) für frühere Zeiten vgl. die Tabelle von Fränkel S. 216  
z.B. 1909 3.1 % GmbH - 1.6 % AGen  
1914 3.5 % GmbH - 1.9 % AGen

rückgegangen werden.<sup>1)</sup> Der Prozentsatz bei der GmbH betrug 0.58 %, bei den Kommandit- und Offenen Handelsgesellschaften 0.16 %.<sup>2)</sup>

Diese Zahlen zeigen, daß die Anzahl der in Konkurs gefallenen GmbH's im Verhältnis zum Gesamtbestand zwar gering ist. Es wird aber doch die höhere Konkursanfälligkeit der GmbH gegenüber den anderen Handelsgesellschaftsformen deutlich. Nicht zu verharmlosen ist ferner die Tatsache, daß die volkswirtschaftlichen Verluste durch sämtliche Insolvenzen jährlich im Bereich von über DM 1 Milliarde liegen.<sup>3)</sup> Im Jahr 1964 betrug die Höhe der Ausfälle in GmbH - Konkursen durchschnittlich DM 590.000.<sup>4)</sup> Wichtig ist auch die Erkenntnis, daß die "Säuglingssterblichkeit" der GmbH verhältnismäßig hoch ist. Wiedemann<sup>5)</sup> hat aufgrund amerikanischer Statistiken für die Jahre 1945 - 1965 ermittelt, daß 55.4 % bis 77.6 % aller Zusammenbrüche auf Unternehmen entfallen, die noch nicht fünf (!) Jahre existieren. Statistische Daten darüber, ob GmbH's mit geringem Stammkapital konkursanfälliger sind als andere, fehlen leider.

#### b) Ursachen für Konkursanfälligkeit

Zur Beantwortung der Frage, welche Gründe für die höhere Konkursanfälligkeit einer GmbH ursächlich sind, sind zunächst diejenigen auszuschneiden, die für alle Erwerbs- und Handelsunternehmen gelten und vom Inhaber der unternehmerischen Entscheidungsbefugnis kaum beeinflusst werden können, nämlich: die allgemeine konjunkturelle Lage, die von nationalen und internationalen wirtschaftspolitischen Entscheidungen und Maßnahmen gefördert oder eingedämmt werden kann, die Unberechenbarkeit der Geschäftspartner, aber auch die der Konkurrenz.

- 
- 1) danach hat das Statistische Bundesamt in den Jb.ern nicht mehr nach allen Rechtsformen unterteilt
  - 2) 1961: GmbH-Bestand: 38 818; Konkurse 222 = 0.58 %  
OHG,KG-Bestand: 98 600; Konkurse 188 = 0.16 %  
vgl. St. Jb. 1962 S. 211, 411; 1966 S. 202-205
  - 3) in den Jahren 1966 und 1967 gerieten 2772 bzw. 2371 Erwerbsunternehmen in Konkurs; summenmäßig wurden 1239 bzw. 1507 Konkursverfahren erfaßt - Ergebnis: 823.4 bzw. 908.9 Millionen DM Verlust; vgl. St. Jb. 1969, S. 361
  - 4) vgl. Westermann S. 19; Ulmer in Probleme S. 48; Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 7
  - 5) in Haftungsbeschränkung S. 21  
diese Zahlen dienen auch deutschen betriebswirtschaftlichen Untersuchungen, da entsprechende Angaben in der BRD nicht verfügbar sind.

Weitere Ursachen können sein: falsche Beurteilung der Markt- und Konjunktursituation, ungeschickte Personalpolitik, mangelnde Qualität des Management, der innerbetrieblichen Organisation, des Produktprogramms oder des Vertriebsnetzes, fehlerhafte Kalkulation usw. Diese möglichen Komponenten eines Konkurses sind zwar abhängig von den unternehmerischen Fähigkeiten, aber nicht spezifisch für die GmbH, sondern für alle Rechtsformen. Der Arbeitskreis GmbH-Reform<sup>1)</sup> hat unter Bezugnahme auf betriebswirtschaftliche Analysen und Auswertungen statistischer Unterlagen festgestellt, daß bei der GmbH Kapitalmangel die wichtigste einzelne Konkursursache sei.<sup>2)</sup> Auch wenn fehlendes Geld letztlich bei allen Unternehmen, ganz gleich in welcher Rechtsform sie betrieben werden, für die Eröffnung eines Konkursverfahrens entscheidend sein dürfte, darf nicht übersehen werden, daß bei der GmbH die Gefahr des Kapitalmangels deshalb größer sein kann als bei anderen Gesellschaftsformen, weil zur Gründung das Mindeststammkapital ausreicht und die Gesellschafter zu keiner Erhöhung des Eigenkapitals<sup>3)</sup> trotz eventueller wesentlicher Erweiterung des Geschäftsumfanges nach geltendem Recht verpflichtet sind.<sup>4)</sup> Dieses mögliche Mißverhältnis zwischen Stammkapital/Eigenkapital und Geschäftsumfang<sup>5)</sup> wird als entscheidendes Kriterium einer höheren Konkursanfälligkeit der GmbH gewertet.<sup>6)</sup> Rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Hintergrund dafür ist das Prinzip der Haftungsbeschränkung für die Gesellschafter auf ihre verhältnismäßig geringen Einlagen. Ob dieser Grundsatz angesichts der daraus resultierenden Gefahren gerechtfertigt ist, bedarf daher einer Überprüfung.

---

1) S. 14; vgl. auch Maul, BB 1969, 309

2) kritisch dazu: Klausning 2. Arbeitsbericht S. 62 f; Tittel S. 35

3) über den Begriff s.o. S. 9

4) vgl. dazu unten § 2 III 3.

5) als Beispiel eines eklatanten Mißverhältnisses wird immer wieder auf die "Freies Fernsehen GmbH" verwiesen, an der auch der ehemalige Bundeskanzler Adenauer und der damalige Justizminister beteiligt waren: nach Eintragung und Voll-einzahlung des Mindeststammkapitals von DM 20.000 wurde der GmbH von einem Bankkonsortium ein Bankkredit in Höhe von DM 120 Millionen gewährt  
vgl. Geßler, GmbHRdsch 1966, 105; Limbach in GmbH-Reform S. 25

6) vgl. Arbeitskreis GmbH-Reform S. 13/14

## 2. Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung

### a) Begriffsbestimmung

Gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG haftet für die Verbindlichkeiten der GmbH den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, dieses allerdings "unbeschränkt". Die Gesellschafter haften für Gesellschaftsschulden persönlich grundsätzlich überhaupt nicht.<sup>1)2)</sup> Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Konstruktion ist einhellig geklärt: der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft haftet "beschränkt" auf die Erfüllung seiner übernommenen Einlage<sup>3)</sup>, ein weitergehendes wirtschaftliches Risiko trägt er nicht.<sup>4)</sup> Die geleistete Einlage wird Teil des Gesellschaftsvermögens und ist dadurch dem unmittelbaren Zugriff der Gesellschaftsgläubiger ausgesetzt. Dieser Grundsatz ist dogmatisch nur dann abgesichert, wenn der Gesellschafter sich bei der Gründung der GmbH oder bei der Beteiligung an einer GmbH darauf verlassen kann, daß er schlimmstenfalls nur einen begrenzten, überschaubaren Teil seines Privatvermögens - den Betrag oder den Gegenstand der Stammeinlage - verliert, über sein übriges Vermögen aber frei und ohne Existenzbedrohung disponieren kann.<sup>5)</sup>

### b) Zur Rechtfertigung des Grundsatzes der Haftungsbeschränkung

In dem jahrzehntelangen Streit um die Rechtsform der GmbH hat die Frage der Rechtfertigung der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung für die Gesellschafter einer GmbH eine tragende Rolle gespielt.<sup>6)</sup> Man kann aber heute davon ausgehen, daß die

---

1) das ist unbestritten: vgl. für alle Schilling in Hachenburg Allg. Einl. Anm. 11

2) daher wird der Name "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" auch als irreführend bezeichnet, so. z.B. Winter G. S. 48 Schilling a.a.O. meint aber wohl zu Recht: es sei zwecklos, über die grammatikalische Korrektheit des Namens zu streiten, wir hätten keine bessere Bezeichnung

3) vgl. Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 6

4) vgl. Schilling in Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 12; eingehend Tittel S. 3 ff und Winter G. S. 48 ff m.w.N.

5) zum Problem der Nachschußpflicht vgl. unten § 3 II und zu einer eventuell weitergehenden Haftung im Konkurs der GmbH vgl. unten § 7; bei Verstößen gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG s.u. § 3 III; die weitergehende Haftung im Aufbringungsverfahren gemäß § 24 GmbHG ist zumindest auf die Beträge der Stammeinlagen der anderen Gesellschafter beschränkt.

6) s.o. § 1 S. 3 und Fischer C. S. 74 ff, insbesondere S. 77 - 79, 81/82; 89-91

Haftungsbeschränkung übereinstimmend, wenn auch mit verschiedenen Begründungen, anerkannt<sup>1)</sup> ist. Diese zumindestens teilweise historisch bedingte Entwicklung läßt sich wie folgt skizzieren: Ausgangspunkt war das Leitbild des "königlichen Kaufmanns" und des Gesellschafters einer Personengesellschaft. Wer als Inhaber oder Gesellschafter eines Unternehmens dessen Geschäfte führt, muß für die mit dem Unternehmen verbundenen Verlustmöglichkeiten persönlich unbeschränkt haften. Wer herrscht, der haftet<sup>2)</sup> oder "wer den Nutzen hat, muß auch den Schaden tragen."<sup>3)</sup>

Die fortschreitende wirtschaftliche Entwicklung mit dem erhöhten Kapitalbedarf für Handel und Industrie verdrängte immer mehr den Prinzipal und alleinigen Geldgeber. Die Trennung von Kapitaleigentum und Unternehmensleitung war die Folge. Je mehr sich die Geschäftsführung aus der persönlichen Machtbefugnis des Kapitalgebers entfernte, umso eher schien die rechtsethische Grundlage für seine unbeschränkte Haftung zu fehlen, da für Verluste die Unternehmensführung mit ihren Entscheidungen verantwortlich ist. Die Folgerung daraus: wer beschränkt (oder gar nicht) herrscht, haftet auch nur beschränkt.<sup>4)</sup>

Gegen das Postulat der notwendigen Verknüpfung von Herrschaft und Haftung haben sich in neuerer Zeit immer mehr Meinungen gewandt, da die dem Postulat zugrundeliegende Annahme - der sein Unternehmen leitende Unternehmer könne alle mit diesem verbundene Gefahren beherrschen - im Widerspruch zur Wirtschaftswirklichkeit steht.<sup>5)</sup> Schilling weist darauf hin, daß

---

1) vgl. Arbeitskreis GmbH-Reform S. 11; Immenga in Kapitalgesellschaft S. 128 f; Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 6 ff; Lutter in Probleme S. 68; Wiethölter S. 37; Limbach in Theorie S. 107 ff; Ballerstedt in GmbHRdsch 1967, 69 f; Tittel S. 3 ff; Höper S. 6 ff; Winter G. S. 48 ff

2) vgl. Fischer C. S. 75; Limbach in Theorie S. 113

3) Limbach in GmbHRdsch 1967, 72 zitiert so Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik S. 279

4) diese klassische Argumentation - beschränkte Haftung = Korrelat beschränkter Unternehmensherrschaft - geht auf Adam Smith zurück; vgl. Fischer C. S. 78 Fn. 91; Fränkel S. 4

5) insbesondere Limbach in Theorie S. 107 ff sowie in GmbHRdsch 1967, 73 f; Ballerstedt in GmbHRdsch 1967, 69 f; Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 49/50; vgl. auch BGHZ 45, 204 ff (205/206) Urt. vom 17.3.1966: "Unternehmensleitung und persönliche Haftung stehen zwar in einem inneren und unmittelbaren Zusammenhang, es handelt sich aber nicht um einen zwingenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz."

die Entwicklung zum modernen Sozialstaat durch zahlreiche arbeitsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an das Unternehmen zu einer zusätzlichen Einschränkung der Sachherrschaft des Unternehmers geführt hat.<sup>1)2)</sup> Die Berechtigung einer Haftungsbeschränkung wird hier zu Recht nicht mehr mit der Trennung Kapitalgeber-Unternehmensleitung, sondern mit der grundsätzlichen Verminderung des unternehmerischen Einflusses auf das Unternehmen begründet.<sup>3)</sup> Rein wirtschaftliche Gründe führen schließlich zu der Überlegung, die Haftungsbeschränkung als "Korrelat des erhöhten Unternehmerrisikos" in der heutigen Zeit zuzulassen.<sup>4)</sup> Mittelständische Unternehmen werden zunehmend in die Rolle des Zulieferers gedrängt, in der sie ohne Einflußnahme die Risiken des Abnehmerbetriebes teilen müssen.<sup>5)</sup> Der moderne Wirtschaftsapparat ist unübersehbar geworden; die Marktmacht von Großkonzernen beherrscht den Wettbewerb.<sup>6)</sup> Die Beschränkung auf die Herstellung eines oder weniger Produkte birgt die Gefahr in sich, in Krisenzeiten nicht ausweichen zu können. Diese unsichere Situation, deren Risiken keine Versicherung abdeckt, müsse sogar zu einer generellen Haftungsbeschränkung im wirtschaftlichen Bereich auch für Einzelkaufleute und Personengesellschaften in einem einheitlichen Unternehmensrecht führen.<sup>7)</sup> Wiedemann<sup>8)</sup> wertet die Haftungsbeschränkung nicht als naturrechtliches Phänomen oder als verfassungsmäßige Freiheit, sondern als ein von der Rechtsordnung verliehenes "Privileg", das er zwar als herausragende Kulturleistung bezeichnet, dar-

---

1) vgl. Schilling in Hachenburg Allg. Einl. Anm. 60

2) das Problem des Mitbestimmungsrechts von Arbeitnehmern kann nur angedeutet werden, doch sei folgende Überlegung aufgezeigt: wenn der Anteilseigner u.U. überstimmt werden kann, wie soll dann rechtlich seine unbeschränkte persönliche Haftung bei Verlusten motiviert werden?

3) so Winter G. S. 55

4) Winter G. a.a.O.; auch der Arbeitskreis GmbH-Reform S. 11 f geht davon aus, daß die Haftungsbeschränkung in der modernen, komplexen Wirtschaftsgesellschaft zur Gewährleistung wirtschaftlicher und sozialer Autonomie notwendig ist.

5) vgl. Winter G. S. 56

6) vgl. Limbach in Theorie S. 101/102

7) vgl. Limbach in GmbHRdsch 1967, 73 und in Theorie S. 123; im Ergebnis wohl auch Winter G. S. 57; gegen diese weitergehende Folgerung Wiedemann in Haftungsbeschränkung S.6/7

8) in Haftungsbeschränkung S. 7; ebenso Immenga in Kapitalgesellschaft S. 403

aus für die Gesellschafter aber auch Bedingungen herleitet, zu denen unten noch Stellung genommen wird.<sup>1)</sup>

Es mag dahingestellt bleiben, welche der aufgezeigten Überlegungen für die Rechtfertigung des Prinzips einer Haftungsbeschränkung zutreffend sein soll. Es dürfte jedenfalls richtig sein, die wirtschaftlichen, rechtsethischen und sozialstaatlichen Komponenten zusammenzufassen und daraus die Haftungsbeschränkung als zulässig anzusehen. Der Regelung des RegE in § 1 Abs. 1, der inhaltlich dem § 13 Abs. 2 GmbHG entspricht, ist demnach zuzustimmen.

### c) Haftungsbeschränkung und Gläubigerschutz

Die somit anerkannte Haftungsbeschränkung zugunsten der GmbH-Gesellschafter bringt naturgemäß ein erhöhtes Risiko für die Gesellschaftsgläubiger mit sich. Gerade im Hinblick auf die besondere Konkursanfälligkeit der GmbH darf der Gläubigerschutzgedanke nicht außer acht gelassen werden. Dieser bedeutet allgemein gesetzgeberische Vorkehrungen, "den nicht besonders gesicherten Vertrags- und Deliktsgläubigern der selbständigen juristischen Person trotz der beschränkten Haftung der Teilhaber im GmbH-Vermögen eine gewisse Zugriffsmasse zu schaffen; sie nach Möglichkeit zu erhalten und den Fremdkapitalgebern einige Informationen über ihre Höhe zu gewähren."<sup>2)3)</sup> Aus der oben<sup>4)</sup> dargelegten rechtlichen Pufferfunktion des Stammkapitals zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen geht hervor, daß die zulässige Haftungsbeschränkung der Gesellschafter auf ihre Stammeinlagen der Maßstab der Risikoverteilung auf Gläubiger und Gesellschafter ist. Sind die Einlagen im Verhältnis zum Geschäftsumfang verschwindend ge-

---

1) s.u. S. 29 und § 7 IV 2. a)

2) so Westermann S. 8; in etwa auch Lutter in Probleme S. 68; Arbeitskreis GmbH-Reform S. 11/12

3) nicht gefolgt werden kann Wiethölter in Probleme S. 37, der den Garantiefond des Stammkapitals ohne Beziehung zur Haftungsbeschränkung sieht.

Luckan-Schacht, DB 1970, 1449 ff stellen zu sehr auf den Informationsvorteil und das damit verbundene Merkmal verstärkter Publizität ab;

Wüst S. 6 ff behandelt den Gläubigerschutz zu speziell als "Prinzip" des GmbH-Rechts bei Unterkapitalisierung; dagegen vor allem die scharfe Rezension von Wolany, ZHR 129, 337 ff

4) vgl. die Ausführungen S. 12

ring, ermöglicht das Prinzip der Haftungsbeschränkung eine fast völlige Abwälzung der Risiken unternehmerischen Versagens und der Unsicherheiten des Marktes auf die Gläubiger. Daher wird gefordert: die Stammeinlage dürfe nicht nur formal als "Eintrittspreis" für die Gewährung der Haftungsbeschränkung gelten, sondern die Gesellschafter seien zu einer angemessenen Risikobeteiligung, die erst die "Sozialisierung der Verluste im Konkurs" rechtfertige, zur Verbesserung des Gläubigerschutzes verpflichtet.<sup>1)</sup> Kann dieses Ziel durch ein höheres Mindeststammkapital erreicht werden?

### 3. Höheres Mindeststammkapital ?

Der RefE sah in § 6 Abs. 2 eine Erhöhung des gesetzlichen Mindeststammkapitals auf DM 50.000 vor. Begründet wurde diese Maßnahme einmal damit, daß ein Nennbetrag von DM 20.000 unter den heutigen Wirtschafts- und Währungsverhältnissen bei weitem zu niedrig sei, um seiner Aufgabe, den Gesellschaftsgläubigern jedenfalls in bestimmten Größenbereichen Sicherheit zu bieten und die Entstehung einer Überzahl unbedeutender und ungenügend fundierter Gesellschaften zu verhüten, gerecht zu werden.<sup>2)</sup> Die gleichen Argumente erwähnt auch der Bundesrat, der entgegen dem RegE am Vorschlag des RefE festhalten will. In seiner Stellungnahme zum RegE<sup>3)</sup> begründet er seine Meinung ferner wie folgt: " Das Bedürfnis für eine Erhöhung könne nicht ernsthaft bezweifelt werden;" die Vergünstigung, die Haftung auf bestimmte Höchstbeträge beschränken zu können, sollte nur wirklich kapitalkräftigen Unternehmen vorbehalten bleiben; mit einem Betrag von DM 20.000 sei selbst ein kleiner Betrieb nicht mit der notwendigen Erstausrüstung an Büromöbeln, Büromaschinen und Kraftfahrzeugen zu versehen; eine Erhöhung des Stammkapitals auf DM 50.000 erscheine auch geeignet, Insolvenzen zu vermeiden; sie diene ferner der allseits für erforderlich gehaltenen

---

1) vgl. Arbeitskreis GmbH-Reform S. 11 zurückgehend auf Lutter in Probleme S. 68

2) vgl. Erl. zu § 6 RefE S. 143

3) in BT-Drucksache 7/253, Anlage 2 S. 260/261

Eindämmung und Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität auf diesem Sektor.<sup>1)2)</sup>

Dem Argument der Anpassung an die Währungsverhältnisse hielt man entgegen, daß damit kaum der Kaufkraftschwund von DM 20.000 aus dem Jahre 1892 gegenüber DM 50.000 im Jahre 1969 (oder gar 1974) aufgefangen werden könne.<sup>3)</sup> Büromöbel und -räume könnten zudem zunächst gepachtet werden.<sup>4)</sup> An Hand statistischer Ermittlungen der GmbH-Centrale<sup>5)</sup> wurde weiterhin klargestellt, daß auch bei den heutigen Wirtschaftsverhältnissen eine GmbH mit dem Mindeststammkapital von DM 20.000 lebensfähig ist und nicht ohne weiteres als unsolid und unbedeutend disqualifiziert werden kann.<sup>6)</sup> Dies betrifft vor allem die Dienstleistungsgesellschaften mit gemeinnützigen und karitativen Zwecken.<sup>7)8)</sup> Aus den gleichen Gründen muß bezweifelt werden, daß ein höheres gesetzliches Mindestkapital bei einer GmbH als Kampfmittel gegen steigende Wirtschaftskriminalität wirksam sein soll, denn die von vornherein auf strafrechtlich relevanten Vermögenserwerb ausgehenden Gründer einer GmbH dürften sich kaum von einer Summe von DM 50.000 abschrecken lassen, die zudem - auch nach der Vorstellung des Bundesrates - nur zur Hälfte bei der Gründung aufgebracht sein muß.

- 1) Krieger, BB 1972, 719 berichtet, daß auch die Fraktion der Freien Demokraten in der ersten Lesung im Bundestag eine Erhöhung auf DM 50.000 gefordert hat, während sich die anderen beiden Fraktionen nicht konkret geäußert haben.
- 2) der Erhöhung stimmten zu: Geßler, BB 1969, 590; Stellungnahme des Dt. Gewerkschaftsbundes zum RefE (Juni 1970) S. 27 (zitiert nach Ballerstedt, ZHR 135, 385 Fn. 11); bezüglich eines Startkapitals von DM 25.000 auch Teichmann, JZ 1970, 133; Hofmann, AG 1969, 338 hält eine Erhöhung auf DM 30.000 für gerechtfertigt.
- 3) so Wiethölter in Probleme S. 16; Fabricius, GmbHRdsch 1970, 140 Fn. 20; Ulmer in Probleme S. 46 legt dar, daß dann eine Erhöhung auf DM 100.000 erfolgen müßte.
- 4) Limbach in GmbH-Reform S. 24
- 5) vgl. Winter H., GmbHRdsch 1969, 120 ff
- 6) von 67 416 GmbH's hatten im Jahre 1968 34 987 Gesellschaften ein Stammkapital von DM 20.000, also etwas über 50 %; im Jahre 1971 von 88 483 sogar 50 168 = 56,7 % vgl. St. Jb. 1969 S. 182/183 und 1972 S. 175
- 7) so Limbach in GmbH-Reform S. 21; Barz in GmbH-Reform S. 38; Ulmer in Probleme S. 47; Westermann S. 19; Kreplin, BB 1970, 94; Stellungnahme Anwaltsverein S. 10
- 8) kritisch dazu aber Ballerstedt, ZHR 135, 388/389: die zunehmende Zahl der Gesellschaften mit DM 20.000 Stammkapital sei lediglich darauf zurückzuführen, daß sie immer mehr als Komplementärin einer GmbH & Co KG auftrete.

Was die mögliche Verhinderung von Insolvenzen angeht, die sich der Bundesrat durch ein erhöhtes Stammkapital vorstellt, so entspricht dies wohl mehr einem Wunschdenken. Ein höheres Stammkapital allein kann selbstverständlich die oben<sup>1)</sup> aufgezählten möglichen Konkursursachen einschließlich des Kapitalmangels nicht verhindern. Das beweist deutlich das Beispiel der Fernseh-GmbH: bei einem Bankkredit von DM 120 Millionen ist es relativ gleichgültig, ob ein Haftungsvermögen von DM 20.000 oder 50.000 gegenübersteht. In beiden Fällen ist die Gefahr der Konkursanfälligkeit gleich groß.<sup>2)</sup> Auch die angestrebte Gläubigersicherung ist kein überzeugendes Argument. Sicherlich sind DM 50.000 mehr als DM 20.000, im Verhältnis zu den durchschnittlichen Verlusten von DM 590.000 pro GmbH-Konkurs bereits im Jahr 1964 aber keine wesentliche Verbesserung des Gläubigerschutzes.<sup>3)</sup>

Wenn trotz dieser zahlreichen nach Erscheinen des RefE/RegE veröffentlichten Gegenmeinungen der Bundesrat dieses Votum abgegeben hat, so wird deutlich, daß die Frage eines generell höheren Mindeststammkapitals bis DM 50.000 rein politisch nach Abwägung der Interessen kleiner, mittelständischer oder Großunternehmen und den dahinterstehenden Interessenverbänden zu entscheiden ist.<sup>4)</sup> Rein rechtlich gesehen ist es unerheblich, ob man von DM 20.000, 30.000 oder 50.000 ausgeht.<sup>5)</sup> Eine größere Sicherheit für die Gesellschaftsgläubiger wird dadurch - wenn überhaupt - nur in geringem Maß erreicht.

#### 4. Ein dem Geschäftsumfang angemessenes Stammkapital (Eigenkapital) ?

Die Ursache dafür, daß die Frage eines generell höheren Mindeststammkapitals so schwierig zu beantworten ist, liegt nicht zuletzt in der Vielfalt der GmbH-Erscheinungsformen: GmbH's mit Erwerbs- und gemeinnützigen Zwecken sind zahlreich in der verarbeitenden Industrie, im Großhandel, in der Bauwirtschaft, in Beteiligungs- und Vermögensverwaltungsgesellschaften und im allgemeinen Dienstleistungsgewerbe vertreten; die Spannbreite der Stammkapitalziffern reicht von DM 20.000

1) vgl. oben § 2 III 1. S. 20/21

2) so zutreffend Limbach in GmbH-Reform S. 25

3) so zu Recht Westermann S. 19; Ulmer in Probleme S. 48

4) vgl. auch Ulmer a.a.O. S. 46; in etwa auch Ballerstedt, ZHR a.a.O.

5) vgl. Fabricius, GmbHRdch 1970, 144: "ein rationales Kriterium läßt sich weder für die eine noch andere Lösung finden."

bis zu mehreren Millionen DM.<sup>1)</sup> Hierfür eine optimale einheitliche Lösung zu finden, ist praktisch unmöglich. Für den Gesetzgeber bieten sich folgende Möglichkeiten an: die Gesellschafter sind in der Festsetzung der Höhe des Stammkapitals sowohl bei der Gründung als auch während der Geschäftsdauer bis auf eine gesetzliche Mindestgrenze völlig autonom. Es werden bestimmte, nach Branchen und Geschäftsumfang typisierte gesetzliche Mindeststammkapitalziffern festgelegt. Die Gesellschafter werden verpflichtet, bei der Gründung die Höhe des Stammkapitals danach zu bemessen, was in absehbarer Zeit an Kapital vermutlich gebraucht wird, und während der Geschäftsdauer, wie umfangreich der individuelle Geschäftsbetrieb geworden ist.

Unter Beachtung der Prinzipien Gläubigersicherung und Privatautonomie der Gesellschafter sollen nachfolgend die Vor- und Nachteile der drei Lösungswege abgewogen werden.

#### a) Völlige Autonomie der Gesellschafter ?

Die Nachteile dieser Lösung sind: die Gesellschafter begnügen sich mit dem Mindestkapital und halten dadurch das gebundene Haftungsvermögen bewußt niedrig. Die Gefahr von Schwindelgründungen und betrügerischen Scheingesellschaften ist nicht unerheblich. Die GmbH kann ein "Dorado für Gangster und Marodeure" sein.<sup>2)</sup> Der Gläubigerschutzgedanke tritt zurück. Die Vorteile: die Gesellschafter sind in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit kaum eingeschränkt. Mit geringem Kapitaleinsatz können größtmögliche Gewinne erzielt werden. Geschäftsleute, die nicht von vornherein begütert sind, aber unternehmerische Fähigkeiten, kaufmännisches Talent, Mut und u.U. Erfindergeist besitzen, können selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen, ohne ihre persönliche Existenz aufs Spiel setzen zu müssen.

---

1) vgl. Winter H. in GmbHRdsch 1969, 119/120  
ebenso Lutter in Probleme S. 64, der eine Unterscheidung der Gesellschaften mbH nach Mitbestimmungsgesetz, Betriebsverfassungsgesetz, Publizitätsgesetz, als gemeinnütziges Unternehmen und als Stilisierung eines persönlich haftenden Gesellschafters vornimmt.

2) so Wiethölter in Probleme S. 16

Diese abgesehen von der gesetzlichen Mindestgrenze beliebige Festsetzung des Stammkapitals durch die Gesellschafter entspricht dem geltenden Recht.<sup>1)</sup> Auch der RegE hält daran fest.<sup>2)3)</sup> Die Gegenmeinung<sup>4)</sup> argumentiert zwar wie folgt: die beliebige Festsetzung des Stammkapitals widerspreche gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, da sie das ganze Institut der festen Kapitalgrundlage in Frage stelle.<sup>5)</sup> Der Zweck des Garantievermögens - den Gläubigern zur Tilgung ihrer Forderungen risikotragendes Kapital zur Verfügung halten - werde so lange verfehlt, als kein Zusammenhang zwischen der Höhe des Nominalkapitals und seiner Verwendung hergestellt sei.<sup>6)</sup> Es sei nicht klar, welchen Sinn die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals samt allen zwingenden Schutzvorschriften haben soll, wenn ein Haftungsvermögen praktisch nicht vorhanden sein müsse.<sup>7)</sup> Aus dem Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften lasse sich nicht ohne weiteres ableiten, daß es zulässig sein müsse, das Gesellschaftskapital ohne Berücksichtigung des konkreten Unternehmenszwecks und des sich daraus ergebenden Kapitalbedarfs der Gesellschaft festzusetzen.<sup>8)</sup> Die Vertreter dieser Meinung übersehen aber doch entgegenstehende Gesichtspunkte: rechtsdogmatisch ist es sicherlich verfehlt, die Normen der Kapitalaufbringung und -erhaltung als sinn- und zwecklos zu betrachten, wenn man kein gleichzeitiges (immerhin ungeschriebenes) Gebot eines angemessenen Stammkapitals gelten läßt. Obwohl das Stammkapital durch die Gesellschafter im Hinblick auf eine Gläubigersicherung auf einen unzulänglichen Betrag festgesetzt sein mag, ist es dadurch noch

---

1) vgl. Scholz § 5 Anm. 2; Geßler in GmbHRdsch 1966, 108; Ballerstedt in GmbHRdsch 1967, 69; Winter G. S. 41

2) vgl. RegE zu § 5, BT-Drucksache 7/253 S. 87

3) zur weitergehenden Haftung im Konkursfall bei Gesellschaftendarlehen vgl. unten § 7

4) so insbesondere Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 17 ff; Wüst S. 6 ff; Erlinghagen, GmbHRdsch 1962, 171 nach Veröffentlichung des RefE/RegE: Winkler, BB 1969, 1202 f Arbeitskreis GmbH-Reform, S. 16; Immenga in Kapitalgesellschaft S. 403

5) Winkler a.a.O. S. 1205

6) Wiedemann a.a.O. S. 18

7) Winkler a.a.O.; Wiedemann a.a.O.

8) Erlinghagen a.a.O. S. 171, der die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung aus ungeschriebenen Ordnungssätzen in Anlehnung an die zu § 31 BGB entwickelte Lehre vom Organisationsfehler bei der Haftung für Hilfspersonen herleitet.

nicht ohne jede Bedeutung.<sup>1)</sup> Den Gesellschaftsgläubigern wird nämlich dokumentiert, daß zumindest Kapital bzw. Sachwerte in Höhe der deklarierten Stammkapitalziffer aufgebracht und daß Vermögenswerte mit den Erhaltungsvorschriften gegen Ausschüttungen an die Gesellschafter gesichert werden. Auch ein im Vergleich zum Geschäftsumfang zu niedriges Stammkapital zeigt den Gesellschaftsgläubigern immerhin die Vermögensgrenze, auf die sie ohne weitere Sicherheiten bei der Bemessung von Waren- oder Bankkrediten, Ausmaß der Geschäftsbeziehungen usw. allenfalls vertrauen können. Wäre dieses - wenn auch zu geringe - Stammkapital dem persönlichen Gewinnstreben der Gesellschafter ohne Sicherungsvorschriften ausgesetzt, wäre überhaupt keine vertrauenswürdige Minimalbasis bei einer Handelsgesellschaft in GmbH-Rechtsform gegeben. Die Vorschriften über die Aufbringung und Erhaltung des GmbH-Stammkapitals haben rechtsdogmatisch demnach auch dann ihren Sinn und Zweck, wenn im Konkursfall durch ein zu niedriges Haftungsvermögen hohe wirtschaftliche Verluste bei den Gesellschaftsgläubigern eintreten.<sup>2)</sup>

Wiedemann<sup>3)</sup> beruft sich auch zu Unrecht auf die Rechtsprechung des BGH<sup>4)</sup>, der zwar von "einer mit zu wenig Stammkapital ausgestatteten GmbH" spricht, aber Rechtsfolgen nur aus einem gleichzeitigen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB herleitet.

Es ist somit Ballerstedt<sup>5)</sup> zu folgen, der nach geltendem Recht keine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zu einem angemessenen Stammkapital annimmt, es sei denn, die für alle Rechtsgebiete geltenden Generalklauseln von Treu und Glauben und der guten Sitten werden von den Gesellschaftern bewußt mißachtet.<sup>6)</sup> Gleiches gilt auch - zumindestens für das Gründungsstadium - für die Regelung des RegE.<sup>7)</sup>

---

1) vgl. dazu oben § 2 I 4. c) S. 11/12

2) im Ergebnis auch Winter G. S. 106/107

3) in Haftungsbeschränkung S. 17

4) vgl. Luft-Taxi- Fall BGHZ 31, 258 ff Urt. v. 14.12.1959 und 2. Revisionsurteil v. 15.11.1962, WM 1963, 121/122

5) in GmbHRdsch 1967, 69; ebenso Lutter in Kapital S. 51, Fn.44

6) zu den Mißbrauchsfällen vgl. unten § 7

7) für den Konkursfall vgl. unten § 7

b) Ein angemessenes Stammkapital ?

Eine gesetzliche Verpflichtung, das Stammkapital als Teil des gesellschaftlichen Eigenkapitals dem voraussichtlichen Kapitalbedarf anzupassen, hätte den Vorteil, krasse Mißverhältnisse zwischen Stammkapital und Geschäftsumfang im Gläubigerinteresse zu vermeiden. Weiterhin wäre die flexible Verwendbarkeit der GmbH für kleine, mittlere oder größere Unternehmen gewahrt. Auch die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter wäre in noch zulässigem Maß beeinträchtigt. Es liegt in ihrem Ermessen, den Geschäftsumfang auf vorhandenes Kapital zu begrenzen oder bei gutem Geschäftsverlauf einen Teil der ausschüttungsfähigen Gewinne zur Erhöhung des Stammkapitals zu verwenden.

Die Nachteile dieser Lösung liegen weniger in der Abwägung von Gläubiger- und Gesellschafterinteressen, sondern vielmehr im Bereich der Rechtssicherheit und der Praktikabilität. Damit das gewünschte Ziel erreicht wird, müßten Vorkehrungen getroffen werden. Eine administrative oder judizielle Präventivkontrolle würde aber einen umfangreichen Verwaltungsapparat voraussetzen, der die z.Zt. über 100.000 Gesellschaften ständig bezüglich ihres Geschäftsumfanges und ihrer Finanzierungsmaßnahmen überwachen müßte. In Teilbereichen der Wirtschaft<sup>1)</sup> sind Vorschriften über Deckungsstock, Reservevermögen zur Erweiterung der Haftungsgrundlage und eine diesbezügliche staatliche Aufsicht wegen des besonderen Gläubigerschutzes weiter Bevölkerungskreise in diesen Gebieten vertretbar. Eine generelle Überwachung aller Unternehmen in GmbH-Rechtsform würde aber zu einer nach geltendem Wirtschaftssystem unerwünschten Reglementierung der freien Wirtschaft und zu einer erheblichen Belastung des Staates führen. Dieser Weg wird daher zu Recht abgelehnt.<sup>2)</sup>

---

1) so z. B. bei Kreditinstituten nach dem KWG, bei Unternehmen der Versicherungswirtschaft nach dem VAG und bei Sparkassen nach dem BSpKG

2) vgl. RegL, Vorbemerkungen zu den §§ 49, 50, BT-Drucksache 7/253; Arbeitskreis GmbH-Reform S. 15; Kamprad, GmbHRdsch 1969, 169; Gollner, GmbHRdsch 1966, 108; ders. BB 1969, 591; Fabricius, GmbHRdsch 1970, 141; Winter G. S. 126, 144 f; Westermann S. 30

a.A. wenn auch einschränkend, Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 13 ff; Klausling, 2. Arbeitsbericht S. 20

neuestens auch Büschgen, GmbHRdsch 1974, 25 ff

Es ist zudem schwierig, erkennbar und verbindlich festzulegen, was "angemessen" heißt. Bei der Gründung läßt sich nicht mit hinreichender Sicherheit der Betriebsumfang vorhersagen; wie hoch soll daher das Stammkapital sein ?<sup>1)</sup> Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich während des oft wechselnden Geschäftsverlaufes, ein "gleitendes" Stammkapital wäre u.U. die Folge. Selbst die Betriebswissenschaft kann keine unumstrittenen Regeln aufstellen, in welchem Verhältnis bei der Kapitalausstattung haftendes, gebundenes Eigenkapital zum Fremdkapital stehen soll.<sup>2)</sup> Wie sollen dann aber die Gesellschafter verlässliche Erkenntnis gewinnen ?

c) Ein in der Höhe gestaffeltes Stammkapital ?

Zu prüfen ist noch die Überlegung, ob der Gesetzgeber nicht von einem einheitlichen, sondern von einem gestaffelten Mindeststammkapital ausgehen soll, z.B. DM 20.000, 30.000, 50.000, 100.000, 1 Million. Gegenstand und Zweck des Unternehmens, Branchenzugehörigkeit, geplante Betriebsorganisation, vorgeesehenes Betriebsvermögen, Anzahl der Arbeitnehmer für das Gründungsstadium<sup>3)</sup> und für die Geschäftsdauer der Gesellschaft, zusätzlich die Jahresumsatzzahlen nach Abschluß eines jeden Geschäftsjahres, wären als Unterscheidungskriterien und als Richtwerte denkbar.

---

1) darauf weisen mit Recht hin: Kamprad, GmbHRdsch 1969, 168, Sonnenberger, NJW 1969, 2033, 2034 und RegE, Vorbemerkungen zu §§ 49, 50, BT-Drucksache 7/253

2) vgl. Luckan-Schacht, DB 1970, 1455 m.w.N. in Fn. 20 aus der betriebswissenschaftlichen Literatur; Kamprad, GmbHRdsch 1969, 169/170; Arbeitsausschuß der Dt. Gesellschaft für Betriebswissenschaft, DB 1970, 455; Westermann S. 31 a.A.: Geßler, GmbHRdsch 1966, 108; ders., BB 1969, 591; Wüst S. 11 ff;

Dieser Streit berührt den Fragenkreis der Feststellbarkeit der "Unterkapitalisierung einer GmbH", der von Höper S. 20 ff eingehend erörtert wurde. Er wird ferner aktuell bei der Lösung des RefE zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Konkurs der GmbH. Es wird daher auf die Ausführungen unten § 7 verwiesen. Hier geht es nur um die Deutlichmachung bei der Bemessung des Stammkapitals im Gründungsstadium und während der Geschäftsdauer im Rahmen einer Präventivkontrolle.

3) vgl. Fabricius, GmbHRdsch 1970, 141

Da auf theoretischem Weg keine klaren Zahlen für die Höhe eines angemessenen Stammkapitals zu finden sind,<sup>1)</sup> ist zur Festlegung der Staffeln beträge, die in einer Rechtsverordnung aufgenommen werden könnten, die Rechtstatsachenforschung einzuschalten. In einer umfangreichen Analyse<sup>2)</sup> müßten die empirischen Daten und Verhältnisse aller z.Zt. im Wirtschaftsleben stehender Gesellschaften ermittelt werden.<sup>3)</sup>

Die Nachteile dieser Lösung wären: um Härtefälle gerade in den Grenzbereichen der Staffeln beträge zu vermeiden, müßte man eine Vielzahl gesetzlicher Mindestkapitalziffern einführen. In größeren Bereichen wären die Gründer in der Regel auf den breiten Kapitalmarkt an der Börse angewiesen, um das Stammkapital überhaupt aufzubringen, mit der voraussichtlichen Folge, daß die Rechtsform der GmbH auf kleine und mittlere Betriebe<sup>4)</sup> beschränkt bliebe, da ein Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen im Börsenverkehr nach geltendem Recht und nach dem RegE als unerwünscht angesehen wird.<sup>5)</sup> Im Rahmen einer Präventivkontrolle würden sich die gleichen Schwierigkeiten wie bei der Lösung b) ergeben.<sup>6)</sup>

Im Interesse eines gerechten Ausgleichs der Gläubiger- und Gesellschafterrisiken ist dennoch die Typisierung der Gesellschaften mbH mit gestaffelten Stammkapitalziffern vorzuziehen: der Gläubigerschutzgedanke ist durch ein größeres Haftungsvermögen verstärkt; außerdem wäre eine bessere Information über den Geschäftspartner durch die "Klassifizierung" möglich. Die Gesellschafter hätten im Gegensatz zur Forderung nach einem "angemessenen Stammkapital" zudem gesetzliche Anhaltspunkte für die Bemessung ihres Stammkapitals - für die Rechtssicherheit ein unbestreitbarer Vorteil.

---

1) s.o. S. 31 und ausführlich unten § 7 III

2) Winter G. S. 30 ff erwähnt die Statistik der Dt. Bundesbank, die die Kapitalstruktur und die Anlagendeckung von 5.400 GmbH's im Jahre 1967 beinhaltet. Abgesehen von der geringen Zahl handelt es sich dabei um Gesellschaften, die gegenüber der Bundesbank aus rediskontierten Wechseln verpflichtet waren. Die Verbindlichkeit dieser Statistik ist daher fraglich.

3) Die Typisierung als methodischer Ansatz zur Lösung von Rechtsproblemen und die Aufgabe der Rechtstatsachenforschung für die Auffindung und Beschreibung von "Typen" ist anerkannt. Vgl. Larenz K.S. 423 ff; Engisch S. 178

4) im Ergebnis auch Lutter in Probleme S. 68 ff, der für Großunternehmen nur Aktiengesellschaften zulassen will.

5) vgl. dazu unten § 4

6) bezüglich der Haftung und Sanktionen im Konkurs vgl. unten § 7

#### IV. Zusammenfassung

Das Institut des Stammkapitals mit seiner wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung ist beizubehalten. Trotz der verhältnismäßig hohen Konkursanfälligkeit ist das Prinzip der Haftungsbeschränkung auf die übernommenen Einlagen zulässig. Um einen "gerechteren" Interessen- und Risikoausgleich zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zu ermöglichen, ist eine Verminderung der Privatautonomie der Gesellschafter insoweit zu vertreten, daß sie verpflichtet sind, ihr Stammkapital nach gesetzlich vorgeschriebenen Mindestziffern auszurichten. Eine daraus resultierende Haftung kommt aber nur dann in Betracht, wenn die GmbH in Konkurs fällt. Voraussetzung für diese Lösung ist allerdings, daß eine umfassende Analyse wirklich zu eindeutigen, verbindlichen und gesicherten Ergebnissen für eine Kapitalausstattung gelangt. Solange dies nicht der Fall ist, sollte man ein gesetzliches Mindeststammkapital genügen lassen, dessen Erhaltung und Sicherheit nachfolgend erörtert wird.



§ 3 Auszahlungsverbot nach §§ 30, 31 GmbHG

I. Darstellung des § 30 Abs. 1 GmbHG und § 46 Abs. 1 RegE

Als wichtigster GmbH-rechtlicher Grundsatz der Kapitalerhaltung wird das in § 30 Abs. 1 GmbHG enthaltene Verbot, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter auszuzahlen, gewertet.<sup>1)</sup> Der RegE hat diese Bestimmung mit gleichem Wortlaut übernommen. Die folgenden Ausführungen gelten somit für § 30 Abs. 1 GmbHG und für § 46 Abs. 1 RegE.

1. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen

Nach § 29 Abs. 1 GmbHG haben die Gesellschafter Anspruch auf den nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Reingewinn, der gemäß § 42 Ziff. 5 GmbHG am Schluß besonders ausgewiesen sein muß. Da das Stammkapital bei der Bilanzaufstellung laut § 42 Ziff. 4 GmbHG unter die Passiva aufzunehmen ist, wird verhindert, daß der Teil des im Geschäftsjahr erzielten Betriebsergebnisses, der dem Nominalbetrag des Stammkapitals entspricht, überhaupt als "Gewinn" bilanziert werden kann.<sup>2)</sup> Bei der Errechnung des ausschüttungsfähigen Reinvermögens sind von den Aktiva die echten Schulden einschließlich der Rückstellungen mit Fremdkapitalcharakter (nicht der Nominalbetrag des Stammkapitals und mögliche Reserveposten) abzuziehen.<sup>3)</sup> Der Differenzbetrag wird dann mit der Stammkapitalziffer verglichen.<sup>4)5)</sup> Nur wenn bei diesem Vergleich ein über das Stammkapital hinaus vorhandener Vermögensteil besteht,

---

1) Immenga in Kapitalgesellschaft S. 396 bezeichnet das Verbot als "GmbH-rechtlichen Kristallisationspunkt" der Vermögensbindung; im übrigen einhellige Ansicht: Brodmann "Grundpfeiler" § 30, Anm. 1a; ebenso Schmidt in Hachenburg Einl. zu § 30; Scholz § 30, Anm. 1; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 1; Sch.-Fischer § 30, Anm. 2; Butz S. 98 "zentrale Regel"; Schilling, JZ 1954, 635; so auch die Rspr.: RGZ 168, 298 Urt. v. 15.12.1941; BGHZ 13, 55 Urt. v. 24.3.1954

2) vgl. Lutter in Kapital S. 332; Butz S. 101

3) vgl. Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 7; Scholz § 30, Anm. 2; Vogel § 30, Anm. 2; Sch.-Fischer § 30, Anm. 2; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 2 A

4) hierbei ist es unerheblich, ob die Einlagen vollständig eingezahlt sind oder nicht: vgl. Liebmann-Saenger § 30, Anm. 1; Scholz § 30, Anm. 2

5) vgl. Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 7

ist dieser ungebunden und als Gewinn ausschüttungsfähig;<sup>1)</sup> umgekehrt ist die Vermögensmasse, die nach Deckung der übrigen Passiven auf der Aktivseite in Höhe des Stammkapitals vorhanden ist, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen i.S.d. § 30 Abs. 1 GmbHG.<sup>2)</sup>

Ein Beispiel zur Erläuterung:

| <u>Aktiva</u>    |               | ----- | <u>Passiva</u>    |               |
|------------------|---------------|-------|-------------------|---------------|
| Anlage           | : 60.000      |       | Stammkapital      | : 40.000      |
| sonstige Aktiva: | <u>45.000</u> |       | sonstige Passiva: | <u>45.000</u> |
|                  | 105.000       |       |                   | 85.000        |

Nach Abzug der sonstigen Passiven bleiben auf der Aktivseite DM 60.000 Reinvermögen; dieses übersteigt die Stammkapitalziffer um DM 20.000. Letzterer Betrag ist ausschüttungsfähiger Gewinn; DM 40.000 des Reinvermögens sind zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich.

Voraussetzung für eine genaue Ermittlung des stammkapitaldeckenden Vermögens ist somit eine ordnungsgemäße Bilanz nach § 42 GmbHG.<sup>3)4)</sup> Eine wichtige Bedeutung haben dabei die Bilanzierungsgrundsätze, insbesondere das Niederstwertprinzip.<sup>5)</sup> Um den von § 30 Abs. 1 GmbHG nicht erfaßten Vermögensteil ordnungsgemäß zu errechnen, dürfen die Aktiven nicht zu hoch und die Passiven nicht zu gering bewertet werden.<sup>6)</sup> Die bilanzmäßige Behandlung des Stammkapitals als Passivposten<sup>7)</sup> sichert somit technisch den Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals und ermöglicht die Errechnung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens.<sup>8)</sup>

Maßgebender Zeitpunkt dafür ist der Moment der Auszahlung (Erfüllung) und der Vermögensstand zu dieser Zeit, denn nicht auf die Ursache der Zahlung, sondern auf deren Erfolg kommt es an.<sup>9)</sup> Notfalls ist eine Zwischenbilanz aufzustellen.<sup>10)</sup>

1) "Reingewinn" i.S.d. § 29 ist somit gleichzustellen mit dem Tatbestandsmerkmal "Gewinn" in § 42 Ziff. 5 GmbHG

2) übereinstimmende Meinung: vgl. Fn. 3 S. 35

3) die nach § 41 Abs. 1 S. 2 GmbHG neben der Bilanz aufzustellende "Gewinn- und Verlustrechnung" hat ihre eigenständige Funktion zur Ermittlung des im Geschäftsjahr insgesamt erzielten Betriebsergebnisses, so Butz S. 101

4) vgl. Baumbach-Hueck § 30, Anm. 2

5) s.o. Fn. 2 S. 8

6) Lutter in Kapital S. 334 Fn. 13 bezeichnet daher die Bewertungsregeln als unmittelbar zum Komplex der Gläubigerschutzbestimmungen gehörend und als Teil der Regeln über die Kapitalerhaltung

7) vgl. oben § 2 I 2. S. 8/9

8) vgl. Lutter in Kapital S. 334/335

9) vgl. Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 7 a.E.

10) vgl. Sch.-Fischer § 30, Anm. 2

## 2. Der Grundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG mit Einzelfragen

Der Teil des Gesellschaftsvermögens, der der Höhe des Stammkapitals entspricht, darf an die Gesellschafter nicht ausbezahlt werden. Dieser Grundsatz ist zwingend, er kann durch Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nicht erleichtert oder sogar aufgehoben werden. Er ist weiterhin streng auszulegen, so daß auch jede Umgehung unter das Verbot des § 30 fällt.<sup>1)</sup> Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, einen Vermögensteil entsprechend der Stammkapitalziffer den Gesellschaftsgläubigern zu erhalten. Dieses Ziel wird vom Gesetz dadurch zu erreichen versucht, daß dieser Teil des Gesellschaftsvermögens weder durch die Satzung noch durch Maßnahmen der Geschäftsführung zugunsten der Gesellschafter angegriffen werden darf. Er ist damit der Disposition der Gesellschafter gleichsam entzogen.<sup>2)</sup>

Da dieser Grundsatz dem Gewinnstreben der Gesellschafter widerspricht, ist es verständlich, daß sich die Rechtsprechung schon oft mit der Frage, ob ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 vorliegt oder nicht, beschäftigen mußte; auch für die Wissenschaft waren viele Einzelfragen zu klären. Einige wesentliche Probleme sollen nachstehend aufgezeigt werden.

### a) Rechtsgrund der Auszahlung

Für die Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG ist es unerheblich, welcher Rechtsgrund der Auszahlung zugrundeliegt. Führt sie im Ergebnis dazu, daß das Vermögen der Gesellschaft unter die Höhe des Stammkapitals herabsinkt, ist das Auszahlungsverbot verletzt, ganz gleich, welche rechtsgeschäftliche Verpflichtung die Gesellschaft eingegangen ist oder ob überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt.<sup>3)</sup> Selbst wenn die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Ver-

---

1) einhellige Ansicht: Scholz § 30, Anm. 1; Vogel § 30, Anm. 1; Schmidt in Hachenburg Einl. § 30; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 1; Sch.-Fischer § 30, Anm. 2; Feine S. 249; RGZ 168, 298 Urt. v. 15.12.1941; BGHZ 31, 259 ff (266) Urt. v. 14.12.1959

2) vgl. Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 1; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 1

3) vgl. Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 5

mögens aufgrund einer in der Satzung übernommenen Verpflichtung gesellschaftlicher Art erfolgt, ist § 30 Abs. 1 verletzt.<sup>1)</sup>

#### b) Art der Zahlung

Durch das Tatbestandsmerkmal "darf nicht ausgezahlt werden" wird zunächst jede Geldleistung aus dem Gesellschaftsvermögen erfaßt, gleichgültig, ob sie als "Gewinnausschüttung", "Rückzahlung der Stammeinlage"<sup>2)</sup> oder Nachschuß<sup>3)</sup> oder sonstwie bezeichnet wird.<sup>4)</sup> Aber nicht nur Barzahlungen, sondern auch die Herausgabe von Vermögenswerten jeder Art, die wirtschaftlich eine Minderung des der Stammkapitalziffer entsprechenden Gesellschaftsvermögens herbeiführt, fällt unter § 30 Abs. 1 GmbHG.<sup>5)6)7)</sup>

1) vgl. RGZ 113, 241 ff Urt. v. 16.4.1926: die satzungsmäßige Verpflichtung selbst verstößt nicht gegen § 30; ob eine Auszahlung erfolgen darf, muß sich aber nach der jährlichen Bilanz richten und kann im Einzelfall bei schlechter Geschäftslage das Auszahlungsverbot verletzen

2) dazu unten S. 39

3) s.u. § 3 II S. 43 ff

4) so Scholz § 30, Anm. 4; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 2C; Brodmann § 30, Anm. 1 b;

5) vgl. BGHZ 31, 276 Urt. v. 14.12.1959; Scholz § 30, Anm. 5

6) Feine S. 249 nennt als Beispiel den Verzicht der GmbH auf begründete Ansprüche gegen ihre Gesellschafter

7) Rspr.fälle, immer unter der Voraussetzung, daß das Stammkapital nicht mehr gedeckt ist:  
RGZ 80, 148 ff Urt. v. 4.10.1912

Ein Gesellschafter erwarb die Geschäftsanteile seiner drei Mitgesellschafter; ein Teil der Kaufpreissummen wurde aus Gesellschaftsvermögen "für Rechnung des erwerbenden Gesellschafters" bezahlt. Auszahlung i.S.d. § 30 Abs. 1 war die Übernahme einer der GmbH an sich fremden Schuld, denn Vertragspartner waren nur die Gesellschafter

RGZ 133, 393 ff Urt. v. 23.10.1931; ebenso RGZ 136, 260 ff

Urt. v. 22.4.1932 bejahten eine sanktionswürdige Auszahlung für den Fall, daß Gesellschaftsgrundstücke zur Sicherung der Kaufpreisforderung, die Gesellschaftern aus dem Verkauf von Geschäftsanteilen gegen einen Mitgesellschafter zusteht, mit einer Hypothek belastet wurden;

diese Rspr. hat das RG in RGZ 146, 92 ff Urt. v. 19.10.

1934, als es über aktienrechtliche Fragen zu befinden

hatte, bestätigt und in RGZ 168, 292 ff Urt. v. 15.12.1941

sogar noch für den Fall erweitert, daß bereits die grundbuchliche Belastung des Gesellschaftsgrundstücks mit einer Hypothek für § 30 Abs. 1 ausreicht, selbst wenn der als Gläubiger eingetragene Gesellschafter die Hypothek nicht erworben hat; (Gefahr durch § 892 BGB)

diese Rspr. des RG hat der BGH übernommen z.B. in BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG, Urt. v. 14.1.1953 und a.a.O. Nr.3, Urt. v. 3.4.1968

c) Rückzahlung von Stammeinlagen ?

Nach § 57 AktG ist die Rückgewähr von Einlagen an die Aktionäre schlechthin verboten. Bei der GmbH richtet sich jegliche Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter nach der Grenze des § 30 GmbHG. Die Rückzahlung von Stammeinlagen ist daher nur ein möglicher Teil der Vermögensverschiebung.<sup>1)</sup> Es wird auch formuliert: "nicht jede Rückzahlung einer Stammeinlage ist eine Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens" und umgekehrt.<sup>2)</sup> Entscheidend ist die Jahresbilanz: ist ausreichendes Vermögen in Höhe des Stammkapitals vorhanden, können nach § 30 Abs. 1 GmbHG Stammeinlagen aus Überschüssen oder Reserven zurückgezahlt werden.<sup>3)</sup>

d) Auszahlung bei Vorliegen einer "Unterbilanz" ?

Schmidt<sup>4)</sup> meint, daß auch bei einer Unterbilanz<sup>5)</sup> eine Auszahlung erfolgen kann, wenn genügend Reinvermögen vorhanden ist. Scholz<sup>6)</sup> sagt dagegen: "An die Gesellschafter darf nicht ausgezahlt werden, wenn eine Unterbilanz entsteht oder durch die Auszahlung entstehen würde."

Die Ansicht von Schmidt kann nur so verstanden werden, daß er bei seiner Definition "Unterbilanz" dann zu einem genügenden Reinvermögen kommt, wenn er echte Reserven und Nachschußkonten berücksichtigt, die ohne Gegenposten auf der Aktivseite unter den Passiven zu führen sind und daher meistens

---

1) vgl. Scholz § 30, Anm. 4; Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 3

2) so Schmidt in Hachenburg a.a.O.; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 2 B

3) damit ist aber nur gesagt, daß die Rückzahlung von Stammeinlagen nicht gegen § 30 mit den Rechtsfolgen aus § 31 (s.u. § 3 III) verstößt. Ohne gleichzeitige Kapitalherabsetzung darf nämlich die Stammeinlage nur bei gleichzeitigem Untergang des Geschäftsanteils (§ 34 GmbHG) aufgelöst werden, was nach einhelliger Meinung aus den §§ 19-25 GmbHG folgt: da das Gesetz sehr streng die Einziehung der geschuldeten Stammeinlage regelt, muß auch die Rückforderung und Rückerstattung unstatthaft sein; vgl. Feine S. 248; Ballerstedt in Kapital S. 89 m.w.N.

4) in Hachenburg § 30, Anm. 7

5) s.o. § 3 I 1. S. 35 f; eine Unterbilanz liegt vor, wenn das nach Abzug aller Schulden vorhandene Reinvermögen die Stammkapitalziffer nicht mehr erreicht; Überschuldung dagegen, wenn die echten Schulden höher sind als die Aktivwerte, so Scholz § 30, Anm. 3

6) vgl. Anm. 3 zu § 30

ohne weiteres aktiviert werden können.<sup>1)</sup> Eine derartige Bilanzsituation bezeichnet Scholz zu Recht als "Passivbilanz", die einer Auszahlung nicht entgegensteht.<sup>2)</sup> Bei Vorliegen einer "echten Unterbilanz"<sup>3)</sup> - d.h. nach Abzug aller Schulden und selbst bei Berücksichtigung aktivierungsfähiger Reserven bleibt das Reinvermögen unter dem Betrag des Stammkapitals - verneint wohl auch Schmidt<sup>4)</sup> eine Auszahlungsmöglichkeit.

#### e) Ausgleich durch Gegenleistung

Seit der grundlegenden Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1935<sup>5)</sup> wird allgemein anerkannt, daß bei gegenseitigen Verträgen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern die der GmbH zufließenden Werte im Hinblick auf § 30 GmbHG nicht außer acht bleiben können, "denn diese führen dem Gesellschaftsvermögen Werte zu, welche die durch die Leistung der Gesellschaft eingetretene Minderung des Gesellschaftsvermögens wieder ausgleichen."<sup>6)</sup> Die vom Gesellschafter zu bewirkenden Gegenleistungen können Zug um Zug, tauschweise oder an Zahlungs Statt erbracht werden.<sup>7)</sup>

Die Rspr. des RG ist dadurch gerechtfertigt, daß § 30 GmbHG nur eine Minderung des Gesellschaftsvermögens unter die Stammkapitalziffer verhindern soll; durch den Erwerb der Gegenleistung tritt aber bilanzmäßig gar keine Minderung ein. So folgerichtig dies ist, so sind dennoch Gefahren für das Stammkapital erkennbar, nämlich dann, wenn der zur Gegenleistung verpflichtete Gesellschafter in Zahlungsschwierigkeiten gerät oder wenn der Realwert einer Sach- oder Dienstleistung nicht dem angegebenen Wert entspricht.<sup>8)</sup>

---

1) siehe eingehend Scholz § 30, Anm. 2

2) vgl. Scholz a.a.O.: das bedeutet, daß die Bilanz keinen Aktivsaldo i.S.d. § 42 Ziff. 5 GmbHG aufzuweisen braucht

3) so Vogel § 30, Anm. 2

4) in Hachenburg § 30 Anm. 1 a: "wenn sie auf Kosten des Stammkapitals gehen würde"

5) vgl. RGZ 150, 28 ff Urt. v. 20.12.1935

6) so RGZ a.a.O. S. 35; vgl. ferner Baumbach-Hueck § 30, Anm. 2 D; Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 6; BGH LM Nr. 1 zu § 30 Urt. v. 14.1.1953

7) vgl. RGZ 150, 35; Schmidt in Hachenburg a.a.O.

8) vgl. zur diesbezüglichen Problematik beim Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH unten § 4

f) Zahlung an Gesellschafter

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 30 Abs. 1 GmbHG muß Empfänger der GmbH-Leistung ein Gesellschafter sein. Die Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an jeden Nichtgesellschafter ist dagegen statthaft, selbst wenn kein kapitaldeckendes Vermögen mehr vorhanden ist.<sup>1)</sup>

Damit scheint auf den ersten Blick der Grundsatz des § 30 GmbHG erheblich ausgehöhlt. Bei näherer Betrachtung löst sich der scheinbare Widerspruch aus folgenden Gründen auf: Zahlungen an Nichtgesellschafter wickeln sich im normalen Geschäftsverkehr ab. Entweder hat die GmbH einen Gegenwert bereits erworben, den sie noch bezahlen muß, oder sie veräußert ihre Produkte, Dienstleistungen und dergleichen mehr in der Erwartung, den entsprechenden, kalkulierten Kaufpreis zu erhalten. Hinter diesen Geschäften steht somit die Absicht der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und Geschäftsführer, Gewinn zu erzielen. Die Nebenwirkung daraus: das Haftungsvermögen zur Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger wird nicht gefährdet. Darüber hinaus muß die GmbH selbstverständlich Dritte bezahlen. Sie haftet ja mit ihrem Vermögen für ihre Verbindlichkeiten. Hier eine Auszahlungssperre einzuführen, wäre widersinnig. Anders verhält es sich bei Zahlungen an Gesellschafter, da hierbei die Interessen der Gesellschafter auf Vermehrung ihres Privatvermögens auf Kosten der Gesellschaft mit denen der Gläubiger in Kollision geraten können. Hier muß das Gesetz zum Schutz Dritter eingreifen.<sup>2)</sup>

Im Zusammenhang mit der Gesellschaftereigenschaft sind zwei Fragen zu klären:

aa) Welcher Zeitpunkt ist für die Gesellschaftereigenschaft entscheidend ?

bb) Wie verhält es sich bei Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern als Dritten ?

zu aa) Die Frage wird übereinstimmend<sup>3)</sup> dahingehend beantwortet, daß maßgebender Zeitpunkt die Begründung der Verpflichtung

---

1) vgl. Scholz § 30, Anm. 6; Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 6

2) vgl. Drobnig S. 12

3) so die ständige Rspr.: RGZ 133, 393 ff (395) Urt. v. 23.10.1931; fortgeführt vom BGH in BGHZ 13, 49 ff (54) Urt. v. 24.3.1954; vgl. auch Scholz § 30, Anm. 4; Sch.-Fischer § 30, Anm. 3; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 2 E; Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 1 a

tung ist, m.a.W. in dem Zeitpunkt, in dem die Verpflichtung der GmbH zur Erbringung von gesellschaftseigenen Vermögenswerten festgelegt wurde, muß der potentielle Leistungsempfänger zu den Gesellschaftern gehören. Dieser Ansicht ist sicherlich zuzustimmen, da ansonsten § 30 Abs. 1 GmbHG sehr leicht umgangen werden könnte, indem nach Abschluß der Vereinbarung der Gesellschafter auf irgendeine Weise aus der Gesellschaft ausscheiden würde.

zu bb) Einigkeit besteht insoweit, daß bei einem mit dem Gesellschafter als Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäft § 30 GmbHG nicht gilt und daß daher eine Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an diesen Dritten (Gesellschafter) wie an jeden Nichtgesellschafter statthaft ist.<sup>1)</sup> Diese Systematik stellt natürlich für die Beteiligten eine gewisse Versuchung dar, § 30 GmbHG mit Hilfe eines Rechtsgeschäfts mit einem Gesellschafter-Dritten zu umgehen. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß in der Abgrenzung zwischen den Leistungen an Gesellschafter als solche und an Gesellschafter als Dritte eine der schwierigen Anwendungsfragen des § 30 Abs. 1 GmbHG liegt<sup>2)3)</sup> und daß die zwingende Vorschrift des Auszahlungsverbotes es erfordert, alle Fälle, in denen der Gesellschafter der GmbH als Dritter gegenübertritt, zu überprüfen, ob sich nicht der Gesellschafter durch einen rein schuldrechtlichen Vertrag eine nach § 30 GmbHG verbotene Zahlung verschaffe.<sup>4)5)</sup> Aus dem zwingenden Charakter der Verbotsnorm folgt weiter, daß auch Umgehungen durch Vorschieben anderer

- 
- 1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 6 mit den dort genannten Einzelbeispielen; Sch.-Fischer § 30, Anm. 3 (z.B. "Miet- oder Darlehensverträge"); Baumbach-Hueck § 30, Anm. 1 ("Gesellschafter als Warenverkäufer"); Scholz § 30, Anm. 6; Vogel § 30, Anm. 3; Brodmann § 30, Anm. 1 b ("aussergesellschaftliches Rechtsverhältnis")
  - 2) vgl. Vogel § 30, Anm. 8; Scholz § 30, Anm. 6; Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 6
  - 3) in der SteuerRspr. spielt hierbei das Institut der verdeckten Gewinnausschüttung eine große Rolle; vgl. Ballerstedt in Kapital S. 20 ff mit umfangreichen Nachweisen
  - 4) so Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 6; ähnlich Feine S. 249
  - 5) zu Recht wenden Schmidt in Hachenburg a.a.O. und Scholz a.a.O. § 30 GmbHG dann an, wenn die Leistung der Gesellschaft im Verhältnis zur Gegenleistung unangemessen hoch ist oder die Leistung des Gesellschafters überhaupt nicht "vergütungsbedürftig" ist. Hierzu zählt auch ein übermäßiges Gesellschafter/Geschäftsführer-Gehalt, aber jeweils nur für den "überschießenden Betrag", so Baumbach-Hueck § 30, Anm. 1

Personen vermieden werden müssen.<sup>1)</sup>

Mit den vorstehend aufgezeigten, allerdings weitgehend geklärten Problemen zum Grundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG werden somit auch weiterhin die Gerichte beschäftigt sein, wenn § 46 Abs. 1 RegE Gesetz werden sollte. Bevor die Rechtsnatur des Auszahlungsverbot und die Rechtsfolgen bei Verstößen erörtert werden, wird zunächst der gesetzliche Unterfall der Rückgewähr von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter gemäß § 30 Abs. 2 GmbHG behandelt.

## II. Die Rückzahlung von eingezahlten Nachschüssen

### 1. Begriffsbestimmung "Nachschuß"

Nach § 26 Abs. 1 GmbHG kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß die Gesellschafter über den Betrag der Stammeinlagen hinaus in der Gesellschafterversammlung die Einforderung weiterer Einzahlungen beschließen können. Diese weiteren Einzahlungen, die nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile zu erfolgen haben (§ 26 Abs. 2 GmbHG) und deren Höhe in der Satzung auf einen bestimmten Betrag beschränkt werden kann (§ 26 Abs. 3 GmbHG),<sup>2)</sup> sind "Nachschüsse" im gesetzestechnischen Sinn. Sie stellen ein zusätzliches, zum Eigenkapital gehörendes Vermögen der Gesellschaft dar<sup>3)</sup>, das im Gegensatz zum Stammkapital nicht zwingend vorgeschrieben ist, das nicht im Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden muß<sup>4)</sup> und das den Gesellschaftsgläubigern nicht dauernd zur Sicherheit erhalten bleiben muß.<sup>5)</sup> Das Nachschußvermögen setzt sich demnach zwar auch aus Leistungen der Gesellschafter an die GmbH zusammen, es bleibt grundsätzlich<sup>6)</sup> aber nicht

- 
- 1) so der BGH in BGHZ 31, 258 ff (266) Urt. v. 14.12.1959: der Zweck der §§ 30, 31 GmbHG, die Erhaltung des Stammkapitals zu sichern, rechtfertigt, diese Vorschriften auch für Zahlungen an denjenigen anzuwenden, für den ein Beauftragter (Treuhänder, Strohmann) Gesellschafter geworden ist
- 2) beide Vorschriften sind abdingbar; folgende Nachschußpflichten sind möglich:
- a) unbeschränkte mit Preisgaberecht § 27 Abs. 1 GmbHG
  - b) beschränkte ohne Preisgaberecht §§ 26 Abs. 3, 28 Abs. 1
  - c) unbeschränkte mit beschränktem Preisgaberecht §§ 27 Abs. 4, 28 Abs. 1 S. 2 GmbHG
- 3) vgl. Baumbach-Hueck § 26, Anm. 1; Sch.-Fischer § 26, Anm. 2
- 4) vgl. Schmidt in Hachenburg § 26, Anm. 1
- 5) hierzu schon RGZ 87, 179 ff (181) Urt. v. 19.10.1915
- 6) über die Einschränkungen s.u. § 3 II. 2.

zur Deckung des Stammkapitals gebunden, sondern die Gesellschafter können beweglich darüber verfügen.<sup>1)</sup> Seine Bilanzierung regelt § 42 Ziff. 3 und 4 GmbHG: Nach erfolgtem Gesellschafterbeschuß ist das Einziehungsrecht auf Nachschüsse als Aktivum in die Bilanz aufzunehmen;<sup>2)</sup> ein diesen Nachschußansprüchen entsprechender Kapitalbetrag ist in den Passiven gegenüberzustellen.<sup>3)</sup> Die eingezahlten Nachschüsse sind auf der Passivseite zu führen, soweit nicht die Verwendung eine Abschreibung der betreffenden Passivposten begründet.<sup>4)</sup>

## 2. Voraussetzungen, Sinn und Zweck des § 30 Abs. 2 GmbHG

### a) Kein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG

Die freie Verfügbarkeit der GmbH über den Teil ihres Gesellschaftsvermögens, der aus eingezahlten Nachschüssen resultiert, ist durch § 30 Abs. 2 GmbHG eingeschränkt, da die Rückzahlung an die Gesellschafter nur dann zulässig ist, wenn die Nachschüsse nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind.<sup>5)</sup> Die Gesellschafter können damit ihre Nachschußbeträge nicht zuruckerhalten, wenn nach deren Rückzahlung die verbleibenden Aktiva der Gesellschaft abzüg-

- 
- 1) so Schmidt in Hachenburg § 26, Anm. 1; Scholz § 26, Anm. 1; Vogel § 26, Anm. 1
  - 2) weitere Voraussetzung: den Gesellschaftern darf kein Abandon- = Preisgaberecht i.S.d. § 27 GmbHG zustehen
  - 3) dieses Nachschußkapitalkonto soll wie das Stammkapital als Passivposten verhindern, daß die Nachschußforderungen durch Verstärkung der Aktivseite ohne Ausgleich auf der Passivseite den ausschüttungsfähigen Gewinn erhöhen, obwohl die Nachschüsse noch nicht voll einbezahlt sind; vgl. Scholz § 42, Anm. 16
  - 4) mit dem einschränkenden Halbsatz ist gemeint, daß Nachschüsse abzuschreiben sind, wenn sie zur Deckung von Bilanzverlusten dienen, so Baumbach-Hueck § 42, Anm. 2 B; ausführlich Scholz § 42, Anm. 18
  - 5) vgl. Zahlenbeispiel von Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 14

Aktiva: 120.000

Stammkapital: 100.000

Nachschüsse : 40.000

die Nachschüsse sind an und für sich bewegliches Vermögen, auf der Passivseite aufzulösen und als "Gewinn" ausschüttungsfähig. Dies würde aber auch die Aktivseite um 40.000 senken, da das Nachschußkapital nur ein ideeller Buchposten ist, mit der Folge: dem Stammkapital von DM 100.000 stünden nur noch DM 80.000 als Aktiva gegenüber; DM 20.000 der Nachschußkontos werden demnach zur Deckung des Stammkapitals benötigt; sie dürfen nach § 30 Abs. 1 und 2 GmbHG nicht an die Gesellschafter ausbezahlt werden

lich der Schulden die Stammkapitalziffer nicht mehr erreichen.<sup>1)</sup> Auch hierbei kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt der Auszahlung an, und es ist unerheblich, mit welchen Mitteln und auf welche Art Nachschüsse zurückgezahlt werden.<sup>2)</sup>

#### b) Rückzahlungsbeschluß

Nach § 46 Ziff. 3 GmbHG haben die Gesellschafter die Rückzahlung von Nachschüssen zu beschließen. Brodmann<sup>3)</sup> sah diese Voraussetzung noch als zwingend an. Heute wird dagegen anerkannt<sup>4)</sup>, daß der in § 30 Abs. 2 GmbHG vorgesehene Rückzahlungsbeschluß nicht notwendig von den Gesellschaftern gefaßt sein müsse; die Satzung könne diese Aufgabe auch den Geschäftsführern oder dem Aufsichtsrat übertragen.

Letztere Ansicht ist zutreffend: Wenn man die Gesellschafter zum Beschluß einer Einforderung von Nachschüssen überhaupt ermächtigt, muß man ihnen auch zubilligen, daß sie z.B. im Einforderungsbeschluß festsetzen, wer berechtigt ist, die Rückzahlung zu beschließen.<sup>5)</sup>

#### c) Veröffentlichung und Sperrfrist

Dieser Rückzahlungsbeschluß muß durch die im Gesellschaftsvertrag für die Bekanntmachungen der Gesellschaft bestimmten öffentlichen Blätter und in Ermangelung solcher durch die für die Bekanntmachungen aus dem Handelsregister bestimmten öffentlichen Blätter bekannt gemacht werden (§ 30 Abs. 2 S. 2). Erst drei Monate nach der ersten Bekanntmachung ist die Zurückzahlung zulässig.<sup>6)</sup>

#### d) Volleinzahlung der Stammeinlagen ?

Über diese Frage bestehen Meinungsverschiedenheiten. § 30

---

1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 14; Scholz § 30, Anm. 10; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 3 A

2) s.o. § 3 I 2. S. 37 ff

3) Anm. 4 zu § 30

4) vgl. Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 13 a; Vogel § 30, Anm. 12; Baumbach-Hueck a.a.O.; Scholz § 30, Anm. 12

5) so zu Recht Feine S. 328

6) auch hierzu bestehen Unklarheiten über den Beginn der Frist bei mehreren Veröffentlichungen oder bei verschiedenen Erscheinungsdaten der Bekanntmachungsblätter; die h.M. läßt die erste Bekanntmachung des zuletzt erschienenen Blattes gelten, vgl. Scholz § 30, Anm. 14; Vogel § 30, Anm. 9; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 3 A;

Abs. 2 S. 3 GmbHG bestimmt: Im Falle des § 28 Abs. 2 GmbHG<sup>1)</sup> ist die Zurückzahlung von Nachschüssen vor der Volleinzahlung des Stammkapitals unzulässig. Man könnte daraus folgern, in allen anderen Fällen sei die Nachschußrückgewähr nicht an die voll eingezahlten Stammeinlagen gebunden.

Feine<sup>2)</sup> und Hachenburg<sup>3)</sup> deuten § 30 Abs. 2 S. 3 GmbHG dahingehend, daß Nachschüsse i.S.d. § 28 Abs. 2 vor der Volleinzahlung, jedoch nach der Einforderung der restlichen Stammeinlagen zurückgezahlt werden dürfen. Sie begründen ihre Ansicht mit folgender wirtschaftlicher Zweckmäßigkeitserwägung: die Gesellschaft könne dann mit ihrer Forderung auf Einzahlung des Restbetrages der Stammeinlage gegenüber dem Rückzahlungsanspruch auf vorher eingezahlte Nachschüsse des Gesellschafters aufrechnen.

Beide Ansichten sind nicht haltbar. Die Meinung von Feine und Hachenburg widerspricht dem Gesetzeswortlaut, denn "Volleinzahlung" ist nicht gleichzusetzen mit "vollständiger Einforderung", und die erste Folgerung verkennt das Wesen und die Bedeutung des Nachschußrechts. Die Regel ist nämlich, daß Nachschüsse erst nach vollständiger Einforderung der Stammeinlagen - d.h. notfalls mit Hilfe des Kaduzierungsverfahrens müssen die Gesellschafter zur Zahlung der Resteinlagen aufgefordert sein - erhoben werden. Nachschußzahlungen sollen das Eigenkapital der Gesellschaft erhöhen, falls sich herausstellt, daß das eingezahlte Stammkapital für die wirtschaftlichen Bedürfnisse nicht ausreicht. Von diesem Grundsatz macht § 28 Abs. 2 GmbHG eine Ausnahme, die aber im Gesellschaftsvertrag dokumentiert sein muß und die damit für die Gesellschaftsgläubiger erkennbar ist. Für diese Ausnahmeregel bestimmt nun § 30 Abs. 2 S. 3, daß aber keinesfalls vor Volleinzahlung der Stammeinlagen die - entgegen der Regel zu früh eingeforderten - Nachschüsse zurückbezahlt werden dürfen. Der Schutz der Gesellschaftsgläubiger, die von einem Rückzahlbeschuß von Nachschüssen erfahren, verlangt daher, daß sie

---

1) § 28 Abs. 2 besagt, daß die Einforderung von Nachschüssen, auf deren Zahlung teilweise die Vorschriften des Kaduzierungsverfahrens Anwendung finden, schon vor vollständiger Einforderung der Stammeinlagen zulässig ist, soweit es die Satzung vorsieht

2) S. 328

3) vgl. Hachenburg 5. Auflage § 30, Anm. 15 und 21, zit. nach Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 15

für alle anderen Nachschußfälle erst recht von einem voll eingezahlten Stammkapital ausgehen dürfen.<sup>1)</sup> Die voll bezahlten Stammeinlagen sind daher eine ungeschriebene Voraussetzung für die zulässige Rückzahlung von Nachschüssen.

### 3. Die Vorschläge des RegE

#### a) Darstellung

Die Regelung über Nachschüsse in den §§ 42-44 RegE entspricht inhaltlich den hier erörterten Fragen des geltenden Rechts. Auch die Bilanzierung ist im wesentlichen gleich. Gemäß §§ 129, 130 Abs. 3 RegE sind ausstehende Nachschüsse auf der Aktivseite, das Nachschußkapital auf der Passivseite zu führen. In der amtlichen Begründung<sup>2)</sup> werden die geringfügigen Abweichungen mit der Zielsetzung gerechtfertigt, das Nachschußkapital solle seinem Charakter nach eine Art gesetzliches Reservekonto bilden, das in erster Linie nicht zur Gewinnausschüttung, sondern zur Stärkung des gesellschaftlichen Eigenkapitals dienen soll.

Was die Rückzahlungsbeschränkung betrifft, bringt der RegE in § 46 Abs. 2 S. 1-5 eine Erweiterung des geltenden Rechts insofern, als das Verbot der Rückzahlung von Nachschüssen vor der Volleinzahlung aller Einlagen nicht nur für den Fall des § 28 Abs. 2 GmbHG, sondern für alle Fälle der Nachschußpflicht gelten soll.<sup>3)</sup> Im übrigen hält er an den anderen Voraussetzungen - Rückzahlungsbeschluß, Veröffentlichung und Drei-Monatsfrist - fest, allerdings mit sprachlichen Abweichungen. Der bisherigen Bestimmung werden zudem zwei Sätze angefügt: Für die Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung eingeforderter Nachschüsse soll § 46 Abs. 2 S. 1-5 RegE sinngemäß gelten und gegen den Anspruch der Gesellschaft auf Einzahlung von Nachschüssen die Aufrechnung unzulässig sein.

---

1) jetzt h.M.: vgl. RGZ 87, 179 ff (182/183) Urt. v. 15.10. 1915; Scholz § 30, Anm. 15; Vogel § 30, Anm. 9; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 3 A; Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 15

2) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 166/167

3) damit ist die oben S. 45 f aufgezeigte Streitfrage i.S.d. h.M. geklärt  
vgl. ferner BT-Drucksache 7/253 S. 109

## b) Kritik

Im Interesse der Rechtssicherheit für die Gesellschafter und Geschäftsführer ist der Vorschlag des RegE zu begrüßen, für alle Nachschußfälle das voll eingezahlte Stammkapital als zwingende gesetzliche Voraussetzung für eine Rückzahlung festzulegen. Die Klärung der diesbezüglichen Streitfrage<sup>1)</sup> führt gleichzeitig zu einer Verstärkung des Gläubigerschutzes, da sie die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals fördert.

Abzulehnen sind dagegen das Aufrechnungsverbot und die Befreiungsbeschränkung in § 46 Abs. 2 S. 6 und 7 RegE, weil diese Entscheidungen in ihrer systematischen Stellung verfehlt und inhaltlich zu weitgehend sind. Beide Verbote regeln nämlich Sachverhalte, die nichts mit der Rückzahlung von Nachschußkapital unter dem Gesichtspunkt einer stammkapitalgefährdenden Auszahlung von Gesellschaftsvermögen nach der Grenze des § 30 Abs. 1 GmbHG/ § 46 Abs. 1 RegE zu tun haben, sondern die zum Problemkreis der Aufbringung des Nachschußkapitals gehören. Wenn man sie aufrechterhalten will, müßten sie in § 42 RegE, der die Begründung von Nachschußpflichten und deren Einzahlung bestimmt, eingefügt werden. Wegen ihrer rechtlichen Auswirkungen wäre es aber sinnvoller, beide Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter ersatzlos zu streichen. Zu Recht hat bislang die h.M.<sup>2)</sup> eine Aufrechnung mit und die Stundung einer noch ausstehenden Nachschußzahlung zugelassen, da die Aufbringung des Nachschußkapitals nicht den strengen Schutz der Stammkapitalaufbringung verdient. Es ist zwar unbestritten, daß ein Nachschußkapital das gesellschaftliche Eigenkapital verstärkt<sup>3)</sup>, - deswegen ist es auch gerechtfertigt, seine Rückzahlung an besondere Formvorschriften zu binden - dieses sollte aber nicht durch eine Überbetonung des Gläubigerschutzgedankens zu einem weiteren Stammkapital umfunktioniert werden.<sup>4)</sup> Man darf hierbei auch nicht

---

1) s.o. S. 45 f

2) vgl. Entwurf S. 3743; Brodmann § 30, Anm. 3 a; Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 12; Scholz § 30, Anm. 18; Vogel § 30, Anm. 10; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 3 B

3) vgl. u.a. Sellien H. S. 20; Härle S. 68; Sellien R. S. 55

4) vgl. auch Lutter in Probleme S. 69 : "Nachschüsse sind nicht Stammkapital und müssen daher auch nicht wie dieses abgesichert werden."

übersehen, daß Nachschußpflichten nach dem Willen der Gesellschafter und nicht kraft Gesetzes<sup>1)</sup> entstehen und daß kein Gesellschafter zu Zahlungen gezwungen werden kann.<sup>2)</sup> Daher ist die Befreiungsbeschränkung des § 46 Abs. 2 S. 6 RegE leicht zu umgehen und ohne rechtes Bedürfnis.

### III. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG

#### 1. Nach geltendem Recht

§ 31 GmbHG regelt die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 30.<sup>3)</sup> Die Vorschrift gilt auch für unzulässige Nachschußrückzahlungen selbst dann, wenn nur die formellen Vorschriften des § 30 Abs. 2 GmbHG verletzt sind.<sup>4)</sup> Wie § 30 ist auch § 31 GmbHG zwingendes Recht, das satzungsmäßig nicht abgeschwächt, sondern nur verschärft werden darf.<sup>5)</sup>

#### a) Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft

Hat die GmbH mit einem ihrer Gesellschafter eine Zahlungsvereinbarung über Gesellschaftsvermögen getroffen, deren Erfüllung gegen § 30 GmbHG verstoßen würde, dann steht der Gesellschaft aus dieser Vorschrift gegen den erhobenen Anspruch die Einrede des Auszahlungsverbotes zu.<sup>6)7)</sup> Gemäß § 43 Abs. 1

---

1) dazu unten § 3 V 2.

2) ein in der Gesellschafterversammlung überstimmter Gesellschafter hat entweder bei unbeschränkter Nachschußpflicht das Abandonrecht oder er kann bei beschränkter Nachschußpflicht im Wege des Kaduzierungsverfahrens ausscheiden, ohne daß die anderen Gesellschafter i.S.d. § 24 GmbHG für dessen Nachschußpflicht aufzukommen haben; daran hält auch der RegE fest: vgl. § 43 i.V.m. §§ 31, 33 ff

3) der mögliche strafrechtliche Aspekt - Untreue - war früher in § 81 a GmbHG geregelt; ab 1.4.1970 ist er nur noch durch § 266 StGB erfaßt

4) vgl. Brodmann § 30, Anm. 3 b; Liebmann-Saenger § 31, Anm. 2; Vogel § 31, Anm. 2; Scholz § 31, Anm. 3; Schmidt in Hachenburg § 31, Anm. 1; Sch.-Fischer § 31, Anm. 2

5) vgl. Sch.-Fischer a.a.O.

6) einhellige Meinung: Baumbach-Hueck § 31, Anm. 2; Vogel § 31, Anm. 7; Sch.-Fischer a.a.O.; Brodmann § 30, Anm. 1 g; RGZ 113, 241 (244 "Einwand"); BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG ("einredeweise"); Hans.OLG, GmbHRdsch 1970, 64 Urz. v. 9.5. 1969

7) dies gilt auch für die Fälle, in denen den Gesellschaftern Dividendenansprüche, Entnahmerechte oder Festzinsen satzungsmäßig zugesagt wurden; vgl. Ballerstedt in Kapital S. 173; Feine S. 250; Brodmann § 29, Anm. 7 b; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 2 C

GmbHG ist der Geschäftsführer verpflichtet, diese Einrede zu erheben und ihre Voraussetzungen gegebenenfalls zu beweisen.<sup>1)2)</sup>

#### b) Erstattungspflicht des Empfängers

Ist eine Zahlung in Verkennung der Bilanzsituation entgegen § 30 erfolgt, so ist sie nach § 31 Abs. 1 GmbHG an die Gesellschaft zurückzuerstatten. Schuldner ist nach § 31 Abs. 2 zunächst der Empfänger. Die Frage, ob der Empfänger zum Zeitpunkt des Leistungserhalts die Gesellschaftereigenschaft besitzen muß, läßt das Gesetz unbeantwortet. Daher werden auch verschiedene Meinungen vertreten.

Für den Fall, in dem der Gesellschafter nach der Begründung der Zahlungsvereinbarung aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, die Leistung aber selbst empfangen hat, ist er "Empfänger" i.S.d. § 31 Abs. 1 GmbHG.<sup>3)</sup>

Wenn der Gesellschafter den Vermögensanspruch, den die Gesellschaft auf Kosten des Stammkapitals erfüllte, veräußert hatte, so ist der Dritte als Rechtsnachfolger Empfänger, da er die Leistung tatsächlich erhalten hat.<sup>4)</sup> Diese Rechtsfolge gilt aber nicht, wenn der Dritte als Vertreter oder für Rechnung des Gesellschafters tätig wurde, dann haftet der Gesell-

---

1) so der BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG Urt. v. 14.1.1953

2) Eltermann S. 98 Fn. 31 hält § 30 GmbHG für eine Einwendung i.S.d. BGB, die der Richter von Amts wegen zu beachten hätte, sobald entsprechende Tatsachen vorgetragen wären; es sei nicht angängig, daß der Richter "sehenden Auges" zu einer Leistung verurteile, die § 30 verletze und die dann der Geschäftsführer wegen der Rechtskraft des Urteils vollziehen müßte; diese Begründung ist nicht stichhaltig: Wenn die Gesellschaft "böswillig" die Einrede nicht erheben will, braucht sie gar keine Tatsachen vortragen, die die Gefahr eines Verstoßes des § 30 erkennen lassen; es ist sogar unwahrscheinlich, daß dann überhaupt ein Rechtsstreit geführt wird

3) dies ergibt sich zwingend daraus, daß auch das Auszahlungsverbot nach § 30 sich nicht auf den Zeitpunkt des Leistungsempfanges, sondern der Leistungsbegründung bezieht (s.o. S. 41 f); wollte man hier anders entscheiden, würde § 31 sehr leicht umgangen werden können; so zu Recht RG, JW 1938, 1176 Urt. v. 16.2.1938; auch die überwiegende Literaturmeinung: Feine S. 250; Liebmann-Saenger § 31, Anm. 5; Schmidt in Hachenburg § 31, Anm. 3; Scholz § 31, Anm. 6; Sch.-Fischer § 31, Anm. 2  
a.A.: Brodmann § 31, Anm. 1 c; Vogel § 31, Anm. 2

4) vgl. Baumbach-Hueck § 31, Anm. 2

schafter<sup>1)</sup>). Die Gegenmeinung<sup>2)</sup> glaubt, den Rechtsnachfolger deswegen nicht als Empfänger des § 31 Abs.1 GmbHG ansehen zu können, weil man andernfalls zu dem unhaltbaren Ergebnis komme, daß auch ein Gesellschaftsgläubiger, der aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen die ihm schuldige Leistung z.B. durch Abtretung empfangt, zu deren Rückerstattung verpflichtet sei. Außerdem betreffen §§ 30, 31 GmbHG nur Leistungen an Gesellschafter.

Beim ersten Argument wird übersehen, daß sich der Gläubiger intern an den Gesellschafter-Zedenten halten kann;<sup>3)</sup> beim zweiten steht der Gesetzeswortlaut entgegen. Der Gesetzgeber hätte dann statt "Empfänger" "Gesellschafter" bestimmen müssen.

c) Haftungsbeschränkung bei Gutgläubigkeit des Empfängers

In welchem Umfang der Empfänger haftet, richtet sich danach, ob er zum Empfangszeitpunkt böse- oder gutgläubig war. Im ersteren Fall muß er das Empfangene zurückgeben, im letzteren haftet er nur, soweit Rückzahlung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist (§ 31 Abs. 2 GmbHG). Diese Voraussetzung ist nicht erst dann erfüllt, wenn die Gesellschaft überschuldet ist; es genügt vielmehr jede nicht nur vorübergehende Zahlungsstockung.<sup>4)</sup>

Worauf sich die Gutgläubigkeit zu beziehen hat, ist in der Literatur weitgehend geklärt. Der gute Glaube kann nicht auf Unkenntnis des Gesetzes gestützt werden; er ist ferner unbeachtlich für die irrige Annahme, ein Recht auf den Bezug der Leistung zu haben. Er muß sich vielmehr auf die Unkenntnis vom Stande des Vermögens der GmbH beziehen.<sup>5)</sup> Streitig ist, welcher Fahrlässigkeitsgrad für die Unkenntnis gelten soll.<sup>6)</sup>

1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 31, Anm. 3

2) vgl. Scholz § 31, Anm. 6; Brodmann § 31, Anm. 1 c;

3) so zu Recht Baumbach-Hueck § 31, Anm. 2

4) vgl. Brodmann § 31, Anm. 2 b; Scholz § 31, Anm. 8; Baumbach-Hueck § 31, Anm. 3

5) vgl. Ballerstedt in Kapital S. 172; Scholz § 31, Anm. 7; Schmidt in Hachenburg § 31, Anm. 4 a;

6) nach Feine S. 250 und Schmidt in Hachenburg a.a.O.: jedes fahrlässige Nichtwissen

Baumbach-Hueck § 31, Anm. 3 verlangt Kenntnis und grobe Fahrlässigkeit

Brodmann § 31, Anm. 2 b; Vogel § 31, Anm. 2: Kenntnis der Bilanzlage

Nach Scholz § 31, Anm. 7 ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, wobei man die Prüfungsmöglichkeit des einzelnen Gesellschafters gerade bei einer Vielzahl von Gesellschaftern nicht überspannen dürfe

Schließlich bestehen auch Meinungsverschiedenheiten bei der Frage, wer den Beweis für die Gutgläubigkeit zu führen hat.<sup>1)</sup>

d) Haftung der übrigen Gesellschafter

§ 31 Abs. 3 GmbHG bestimmt, daß die übrigen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile für den zu erstattenden Betrag haften, soweit er zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, wenn die Erstattung vom Empfänger nicht zu erlangen ist. Letztere Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn bereits ein fruchtloser Vollstreckungsversuch erfolgt ist oder die Vollstreckung aussichtslos erscheint.<sup>2)3)</sup> Unstreitig ist hier guter oder böser Glaube für die Haftung unerheblich. Unklarheit herrscht aber über den entscheidenden Zeitpunkt der Gesellschaftereigenschaft. Vertreten werden Zeitpunkt der Auszahlung<sup>4)</sup>, der Fälligkeit (also nach erfolgloser Vollstreckung)<sup>5)</sup> und der Geltendmachung des Regreßanspruches.<sup>6)7)</sup>

Gläubiger der Erstattungsansprüche ist im übrigen immer die Gesellschaft, auch wenn sie nur zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienen. Die Erstattungsansprüche dürfen des weiteren nicht erlassen werden (§ 31 Abs. 4 GmbHG).

- 
- 1) für Empfänger: Brodmann § 31, Anm. 2 c; Scholz § 31, Anm. 8 Vogel § 31, Anm. 2; Schmidt in Hachenburg § 31, Anm. 4 a
  - 2) für Gesellschaft: Feine S. 368; Baumbach-Hueck § 31, Anm. 3 vgl. Sch.-Fischer § 31, Anm. 2; Baumbach-Hueck § 31, Anm. 4 Scholz § 31, Anm. 10
  - 3) die übrigen Gesellschafter haften somit subsidiär; vgl. auch § 24 GmbHG
  - 4) so Baumbach-Hueck § 31, Anm. 4; Liebmann-Saenger § 31, Anm. 7; Schmidt in Hachenburg § 31, Anm. 8
  - 5) so Scholz § 31, Anm. 9; Vogel § 31, Anm. 4
  - 6) so Brodmann § 31, Anm. 3 b
  - 7) eigene Meinung: Die erste der drei Ansichten ist wohl zutreffend; maßgebender Zeitpunkt für die Entstehung des Rückerstattungsanspruchs nach § 31 ist die verbotswidrige Auszahlung; schon in diesem Moment, also von Anfang an, haften die übrigen Gesellschafter vom Gesetz her subsidiär; daß diese hilfsweise Haftung noch nicht fällig ist, kann die Entstehung des Anspruches nicht ändern oder gar ausschließen;  
wegen § 16 Abs. 3 GmbHG kann sich der Gesellschafter im übrigen nicht der Haftung durch Abtretung entziehen, da der Veräußerer eines Geschäftsanteils für die zu diesem gehörenden rückständigen Leistungen weiter haftet

e) Haftung der Geschäftsführer

Gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG haften die Geschäftsführer der GmbH gegenüber in der verschärften Form des § 9 Abs. 2 GmbHG<sup>1)</sup> gesamtschuldnerisch auf Schadenersatz, soweit sie ein Verschulden trifft, d.h. wenn sie zumindest fahrlässig die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1 GmbHG) außer acht gelassen und dadurch die Bilanzsituation der Gesellschaft schuldhaft verkannt haben. Sind sie gleichzeitig Gesellschafter, haften sie nach § 31 Abs. 3 GmbHG auch ohne Verschulden. Schließlich müssen sie als Gesamtschuldner den Gesellschaftern, die aufgrund des § 31 Abs. 3 GmbHG haben zahlen müssen, deren Zahlungen laut § 31 Abs. 6 GmbHG ersetzen, wenn sie die gegen § 30 GmbHG verstoßende Leistung schuldhaft veranlaßt oder geduldet haben.

2. Die Regelung im RegE: § 47

a) Darstellung

Abgesehen von rein sprachlichen Abweichungen enthält § 47 RegE gegenüber § 31 GmbHG als Änderung eine Legaldefinition des Tatbestandsmerkmals "Gutgläubigkeit des Empfängers". § 47 Abs. 2 S. 3 RegE lautet: "Der Empfänger ist nicht in gutem Glauben, wenn er beim Empfang der Leistung wußte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß die Leistung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft erfolgt ist oder die Voraussetzungen, unter denen die Rückzahlung von Nachschüssen gestattet ist, nicht vorgelegen haben." § 47 Abs. 2 S. 4 RegE will ferner festlegen, daß die Gesellschaft die Beweislast dafür trifft, ob der Empfänger gutgläubig war. § 47 Abs. 4 erweitert schließlich das geltende Recht, nach dem die Zahlungspflichten gemäß § 31 Abs. 1-3 GmbHG nicht erlassen werden dürfen, dahingehend, daß neben dem Erlaß auch eine Stundung oder eine Aufrechnung untersagt sein sollen. Im übrigen entspricht § 47 RegE dem geltenden Recht.

---

1) d.h. Verzichtleistungen oder Vergleiche der Gesellschaft in betreff der ihr nach § 43 Abs. 3 GmbHG zustehenden Ersatzansprüche sind unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist

b) Kritik

Dem Versuch einer Legaldefinition der Gutgläubigkeit ist im Interesse der Rechtssicherheit zuzustimmen. Da den Gesellschaftern, wenn sie nicht selbst Geschäftsführer sind, im Einzelfall die Kenntnis der Bilanzsituation zum Zeitpunkt des Leistungsempfanges nicht leicht zugänglich sein kann, ist auch der Maßstab der "groben Fahrlässigkeit" gerechtfertigt, dies umso mehr, weil die Gesellschaft durch § 47 Abs. 3 und 6 RegE weitere Ansprüche zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger besitzt. Aus demselben Grund - erleichterte Einsichtsmöglichkeit in die Gesellschaftsinterna durch die Geschäftsführer - ist weiterhin die Beweislastregel des RegE zutreffend.<sup>1)</sup>

Immenga<sup>2)</sup> kritisiert, daß der RefE<sup>3)</sup> die nach § 31 Abs. 3 GmbHG vorgesehene, anteilmäßige Subsidiärhaftung der Gesellschafter bei Ausfall des Leistungsempfängers beibehält; er verlangt eine gesamtschuldnerische Haftung.

Dazu ist zu bemerken, daß das geltende GmbH-Recht eine Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner nicht kennt.<sup>4)</sup>

Der RefE/RegE übernimmt beim Kapitalaufbringungsverfahren erstmals diese Haftungsart für die Fälle, in denen ein zahlungs-säumiger Gesellschafter ausgeschlossen oder eines Teils seines Geschäftsanteiles für verlustig erklärt worden ist. Bei Verstößen gegen § 30 GmbHG (§ 44 RefE/ § 46 RegE) soll dagegen an der Ausfallhaftung nach Verhältnis der Geschäftsanteile festgehalten werden, "da durch Abs. 3 nur nachträglich verbotene Ausschüttungen an Gesellschafter ausgeglichen werden sollen."<sup>5)</sup> Diese Begründung ist aber, wie Immenga zu Recht bemängelt, kaum ausreichend, weil die Erhaltung des Stammkapitals im Gläubigerinteresse keine geringere Wertigkeit verdient als die Aufbringung. Der Lösung des RegE ist jedoch aus anderem

---

1) bedenklich aber im Interesse einer Rechtseinheitlichkeit, da § 62 Abs. 1 S. 3 AktG dem in der Regel viel schlechter informierten Aktionär die Beweislast auferlegt; vgl. auch Lutter in Probleme S. 65 Fn. 4

2) in Kapitalgesellschaft S. 398; vgl. ferner die insoweit zustimmende Rezension von Hofmann, ZHR 137, 425

3) § 45 RefE entspricht jetzt § 47 RegE

4) vgl. §§ 24, 26 ff, 31 Abs. 3 GmbHG; die gesamtschuldnerische Haftung in den §§ 9, 43 GmbHG gilt für die Anmeldenden bzw. die Geschäftsführer

5) vgl. § 32 Abs. 1 S. 1 RefE/RegE und RefE zu § 45 S. 184/RegE BT-Drucksache 7/253 S. 109

Grund zuzustimmen: Im Kaduzierungsverfahren ist die Grenze auch einer gesamtschuldnerischen Haftung eines Gesellschafters die bekannte Stammkapitalziffer abzüglich des Betrages der eigenen geleisteten Stammeinlage. Daher ist für den Gesellschafter sein wirtschaftliches Risiko trotz einer über die Stammeinlage hinausgehenden Haftung ziffernmäßig beschränkbar. Anders aber die Haftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG: da nicht vorauszusehen ist, in welcher Höhe Auszahlungen entgegen § 30 GmbHG vorgenommen werden, deren Erstattung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich wird, ist schon nach geltendem Recht das Prinzip der Haftungsbeschränkung i.S.d. Kalkulierbarkeit des wirtschaftlichen Risikos - übrigens als einzige Ausnahme<sup>1)</sup> - durchbrochen. Diese Ausnahme ist insofern aber abgemildert, daß sie erst dann zum Tragen kommt, wenn der Empfänger nicht leistungsfähig ist, und daß alle Gesellschafter anteilmäßig in Anspruch genommen werden. Erst wenn auch alle übrigen Gesellschafter zahlungsunfähig sind, ist es nach § 31 Abs. 3 S. 2 GmbHG denkbar, daß ein Gesellschafter für den ganzen Betrag allein aufkommen muß. Bei Einführung einer gesamtschuldnerischen Haftung könnte ein Gesellschafter aber unmittelbar in voller Höhe beansprucht werden. Diese Konsequenz würde die materielle Durchbrechung des Prinzips der Haftungsbeschränkung zusätzlich in der Form unnötig verschärfen.

Das Stundungs- und Aufrechnungsverbot scheint etwas weitgehend, paßt aber in das Gesamtkonzept des RegE, möglichst alle Umgehungsversuche auszuschließen. Es dient jedenfalls der Kapitalerhaltung.<sup>2)</sup>

Insgesamt gesehen ist somit die Vorstellung des RegE über die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Auszahlungsverbot des § 46 RegE anzuerkennen.

---

1) s.o. § 2 S. 21;  
eine Erhöhung von Einlagepflichten kann gemäß § 53 Abs. 3 GmbHG nur mit Zustimmung aller Gesellschafter beschlossen werden - allerdings nicht unstreitig; vgl. eingehend Winter G. S. 50 ff

2) so schon Lutter in Kapital S. 380

#### IV. Die Rechtsnatur des Auszahlungsverbot und des Rückerstattungsanspruches

Nachdem die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 30 GmbHG, die der RegE inhaltlich übernimmt, geklärt sind, ist die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Auszahlungsverbot und des Erstattungsanspruches einfacher zu beantworten. Die frühere Rspr.<sup>1)</sup> sah in § 30 GmbHG ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB mit der strengen Rechtsfolge der rechtsgeschäftlichen Nichtigkeit.<sup>2)3)</sup> Seit den grundlegenden Ausführungen von Brodmann<sup>4)</sup>, die das Reichsgericht übernommen hat<sup>5)</sup>, wird dagegen fast übereinstimmend anerkannt, daß zwar § 30 GmbHG ein gesetzliches Verbotsgesetz darstellt, die Nichtigkeitsfolge des § 134 Halbsatz 1 BGB aber durch § 134 Halbsatz 2 BGB - wenn sich nicht aus dem Verbotsgesetz ein anderes ergibt - aufgehoben wird.<sup>6)</sup> Eine Nichtigkeit der der Auszahlung zugrundeliegenden Absprache zwischen GmbH und Gesellschaftern wird nur noch dann bejaht, wenn mit ihr schon bei Vertragsabschluß bewußt gegen § 30 GmbHG verstoßen werden soll.<sup>7)8)</sup>

1) vgl. RG in Recht 1908, 314 Nr. 1889 Urt. v. 21.3.1908: "....ist nach § 134 BGB nichtig"

2) so auch noch Liebmann-Saenger § 30, Anm. 4

3) Eltermann S. 94 führt als neuere Literaturmeinung der Nichtigkeitslehre Ippen an, der auf S. 83 ausführt: "Ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG macht in der Regel das zugrundeliegende Rechtsgeschäft gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig". Eltermann übersieht bei seinen Ausführungen zur Meinung Ippens, daß dieser auch § 138 BGB zitiert, bei dessen Vorliegen Eltermann selbst eine rechtsgeschäftliche Nichtigkeit S. 99 bejaht!

4) vgl. Brodmann § 30, Anm. 1 g

5) RGZ 113, 241 (244) Urt. v. 16.4.1926

6) vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG

Schmidt in Hachenburg § 30, Anm. 1 c; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 1; Scholz § 30, Anm. 8; Vogel § 30, Anm. 7; Sch.-Fischer § 30, Anm. 2; Ballerstedt in Kapital S. 172 f;

7) so RGZ 113, 244; BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG; Hans. OLG, GmbHRdsch 1970, 64 Urt. v. 9.5.1969

8) z.B. wenn den Beteiligten die echte Unterbilanz bekannt war (so Ballerstedt in Kapital S. 173), sie ferner wußten, daß an eine Erholung der Finanzlage nicht mehr zu denken ist und sie dennoch die GmbH zu Leistungen verpflichten (so BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG); Streit besteht über die Begründung: der BGH a.a.O. und das Hans. OLG a.a.O. gehen auf § 134 Halbsatz 1 BGB zurück; dogmatisch richtig dürfte die Lösung von Ballerstedt in Kapital S. 173, 174 und Eltermann S. 99 Fn. 42 sein, die eine Nichtigkeit dann aus § 138 BGB wegen vorsätzlicher Kapitalminderung annehmen.

Der Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG ist demnach infolge mangelnder Nichtigkeit des Grundgeschäftes kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß §§ 812 ff BGB, sondern ein selbständiger Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis<sup>1)</sup>, der auch als "Wieder-Einlage-Verpflichtung"<sup>2)</sup> bezeichnet wird. Der Anspruch aus § 31 GmbHG bietet den Vorteil, daß die Einrede des § 818, Abs. 3 BGB - Wegfall der Bereicherung - nicht durchgreifen kann. Für die Fälle, in denen aufgrund der besonderen Umstände doch die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes bejaht werden kann, ist ein Anspruch nach Bereicherungsrecht zusätzlich gegeben.<sup>3)</sup>

#### V. Kritik

Das allgemeine Rückzahlungsverbot nach dem geltenden Recht und nach der Vorstellung des RegE (§§ 46, 47) wird somit durch seinen zwingenden Charakter, durch die strengen Rechtsfolgen bei einem Verstoß und durch seine Stellung im Gesetzesaufbau zu Recht als "Grundpfeiler", als "Kristallisationspunkt", als "zentrale Regel" des Normensystems zur Erhaltung des Stammkapitals bezeichnet. Bei aller Absicherung ist aber auch nicht zu übersehen, daß die Gesellschaftsgläubiger bislang nicht gegen eine Minderung der Haftungsgrundlage durch kaufmännische, kalkulatorische usw. Geschäftsführungsverluste geschützt sind.<sup>4)5)</sup> Auch der RegE kann nicht verhindern, daß das Gesellschaftsvermögen z.B. durch Fehlinvestitionen unter den Betrag des Stammkapitals sinkt, da er den Grundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG wörtlich übernimmt und auch die Rechtsfolgen bei Verstößen im wesentlichen beibehält. Es fragt sich daher, ob nicht eine bessere Sicherungsmöglichkeit angebracht wäre.

- 
- 1) einhellige Ansicht: RGZ 168, 301 Urt. vom 15.12.1941; BGHZ 31, 265; Urt. vom 14.12.1959; Sch.-Fischer § 30, Anm. 2; Scholz § 31, Anm. 4; Vogel § 31, Anm. 1; Schmidt in Hachenburg § 31, Anm. 2; Baumbach-Hueck § 31, Anm. 1; Brodmann § 31, Anm. 1 a;
  - 2) so Lutter in Kapital S. 380/381; Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 44;
  - 3) vgl. Baumbach-Hueck § 31, Anm. 1; RGZ 168, a.a.O.
  - 4) dies ergibt sich insbesondere daraus, daß § 30 GmbHG nur bei Vermögenszuwendungen an Gesellschafter gilt. s.o. § 3 I 2. f) S. 41 f
  - 5) allgemeine Ansicht z.B.: Zöllner S. 41; Baumbach-Hueck § 30, Anm. 1

## 1. Generelles Auszahlungsverbot durch Einrichtung eines Sperrkontos ?

Der sicherste Weg, das Stammkapital in voller Höhe zur Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger zu erhalten, ist zweifellos die Hinterlegung der eingezahlten Stammeinlagen auf ein Sperrkonto, das der Verfügungsgewalt der Gesellschafter, aber auch der Gesellschaftsgläubiger bis zum Konkurs oder bis zur sonstigen Liquidation der Gesellschaft entzogen und durch Wertsicherungsklauseln auch gegen eine mögliche Geldentwertung abgedeckt wäre. Eine solche Verpflichtung ist jedoch weder im deutschen Recht noch in anderen Rechtsordnungen bei Handelsgesellschaften bekannt.<sup>1)</sup> Sie wäre auch "unwirtschaftlich", da das Geld u.U. jahrelang brachliegen würde, ohne daß mit ihm gearbeitet werden könnte. Zudem müßten die Gesellschafter neben den Stammeinlagen weitere Gelder aufbringen, um überhaupt einen Start der Gesellschaft ins Wirtschaftsleben zu ermöglichen. Es würde ferner einen größeren Anreiz bieten, das Stammkapital auf das gesetzliche Mindestkapital zu beschränken und nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen.

## 2. Einführung einer gesetzlichen Nachschußpflicht ?

Nach geltendem Recht und nach dem RegE können die Gesellschafter, wenn es in der Satzung vorgesehen ist, nach ihrem Gutdünken zur Stärkung des gesellschaftlichen Eigenkapitalbedarfs Nachschußzahlungen beschließen. Sie sind aber dazu nicht verpflichtet, wenn z.B. das Gesellschaftsvermögen nicht mehr die Stammkapitalziffer erreicht.

Gegen die Einführung einer gesetzlichen Nachschußpflicht sprechen allerdings folgende Überlegungen: Die Gesellschafter haften grundsätzlich nicht für die Gesellschaftsschulden. Würde man von den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft fordern, daß sie etwaige Verluste zu Lasten des Kapitals immer wieder bis zur Höhe der Stammkapitalziffer aufzufüllen hätten, wäre das Prinzip der Haftungsbeschränkung nicht mehr gewahrt.<sup>2)</sup> Außerdem wäre eine ständige Überwachung zu aufwendig.<sup>3)</sup>

---

1) vgl. Lutter in Kapital S. 51

2) s.o. S. 22 die Ausführungen zur Haftungsbeschränkung; vgl. ferner Lutter in Kapital S. 51

3) s.o. S. 31

Schließlich sind auch Gläubiger nicht in jedem Fall davor schutzwürdig, mit einer notleidend gewordenen Gesellschaft in geschäftliche Beziehungen zu treten,<sup>1)</sup> weil sie bei der Auswahl ihrer Geschäftspartner selbst gewisse Sorgfaltspflichten walten lassen müssen.<sup>2)3)</sup>

### 3. Rückzahlungsverbot nach Aktienrecht ?

Nach den §§ 57, 58 AktG (in etwa entsprechend §§ 52, 54 AktG a.F.) dürfen den Aktionären, solange die Gesellschaft besteht, die Einlagen<sup>4)</sup> auf das Grundkapital nicht zurückgezahlt werden und keine Zinsen auf ihre Einlagen zugesagt noch ausbezahlt werden. Verbotene Leistungen müssen gemäß § 62 AktG (§ 56 AktG a.F.) der Gesellschaft zurückgezahlt werden. Laut § 57 Abs. 4 AktG haben die Aktionäre nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung durch Hauptversammlungsbeschluß oder als zusätzlicher Aufwand aufgrund des Gewinnverwendungsbeschlusses von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossen ist. Neben der Auszahlungsgrenze des Nominalbetrages des Grundkapitals ist bei der Aktiengesellschaft somit eine weitere Kapitalsicherung durch gesetzliche oder satzungsmäßige Rücklagen (Reserven), die nach § 150 Abs. 3 AktG (§ 130 Abs. 3 AktG a.F.) ebenfalls nicht ausschüttungsfähig sind, gegeben. Im Aktienrecht ist daher das Grundkapital wie folgt gegenüber Ausschüttungen an Gesellschafter gesichert:

Die Einlagen dürfen nicht zurückgezahlt werden; diese Beträge bleiben somit im Gesellschaftsvermögen.

Vom Bilanzgewinn müssen nicht ausschüttungsfähige, gesetzlich festgelegte, offene Rücklagen abgezogen werden; die Satzung kann weitere Reserven je nach Gesellschaftszweck vorsehen.

- 
- 1) so der BGH in BGHZ 29, 100 ff (106) Urt. 15.12.1958 und in DB 1960, 381 f (382) Urt. v. 2.2.1960; auch die Überlegung des Gesetzgebers von 1892 gehen in diese Richtung, vgl. Entwurf S. 3730 f und 3742 f
  - 2) insofern enthält eine freie Wirtschaftsordnung ein "naturgegebenes" Ausleseverfahren
  - 3) zur Lösung im GmbH-Konkurs s.u. § 7
  - 4) zu der nicht unbestrittenen weiten Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals vgl. u.a. Barz in Großkomm. AktG (3. Aufl.) § 57, Anm. 2; Godin-Wilhelmi § 57, Anm. 3; Lutter in Kölner Kommentar § 57, Anm. 3 m.w.N.

Die Hauptversammlung kann weitere Rücklagen, Rückstellungen, einen Gewinnvortrag für das nächste Jahr oder eine besondere Gewinnverwendung beschließen.

Die aktienrechtliche Vermögensbindung umfaßt demnach auch das die Ziffer des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserve übersteigende Vermögen so lange, bis es in Bilanzgewinn verwandelt und zur Ausschüttung beschlossen ist (§ 58 Abs. 5 AktG); sie ist daher wesentlich umfassender als die im GmbH-Recht,<sup>1)</sup> die neben § 30 GmbHG keine weiteren gesetzlichen Beschränkungen der Gewinnverteilung kennt. Dennoch ist dem RegE zuzustimmen, daß er die aktienrechtliche Regelung der Kapitalerhaltung nicht übernommen hat.

Nach allgemeiner Ansicht<sup>2)</sup> sind für die Bestimmungen des Aktienrechts vier Gründe maßgebend:

- a) die Erhaltung des Grundkapitals zum Schutz der Gläubiger
- b) der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre
- c) die Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Hauptversammlung
- d) die Sicherstellung der bilanzrechtlichen Gewinnverteilungsvorschriften.

zu a) Im aktienrechtlichen System werden Kapital und Gewinn streng unterschieden; der Aktionär ist nur ideell am Kapital beteiligt; er kann aber, weil ein Geschäftsjahr keinen Gewinn bringen muß, keinen Auszahlungsanspruch herleiten.<sup>3)</sup> § 57 AktG enthält ein absolutes Veräußerungsverbot.<sup>4)</sup>

zu b) Nur im "hellsten Licht der Öffentlichkeit" auf dem Weg über die Verteilung des Reingewinns kann der Aktionär seinen Gewinnanteil erhalten.<sup>5)</sup>

zu c) Die Gewinnverteilung fällt als "Angelegenheit der Selbstverwaltung der Aktionäre" ausschließlich in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung. Wenn daneben auch der

1) vgl. Lutter in Kölner Kommentar § 57, Anm. 3

2) vgl. Ballerstedt in Kapital S. 132 ff, 139 ff, 144 ff; Hueck S. 191 ff; Fischer in Großkomm. AktG (2. Aufl.) § 52, Anm. 3; Barz in Großkomm. AktG (3. Aufl.) § 57, Anm. 3; Schlegelberger-Quassowski § 52, Anm. 2 ff; Godin-Wilhelmi § 57, Anm. 4; Wieland S. 23 ff; Lutter in Kapital S. 52 f; Zöllner S. 314 ff

3) vgl. Ballerstedt a.a.O. S. 132; Schlegelberger-Quassowski § 52, Anm. 2

4) vgl. Ballerstedt a.a.O. S. 140; Godin-Wilhelmi a.a.O.; Barz in Großkomm. AktG (3. Aufl.) § 57, Anm. 10

5) vgl. Ballerstedt a.a.O. S. 133

Vorstand in Form von verschleierte Gewinnausschüttungen tätig sein dürfte, würde er der Gewinnverteilung durch die Hauptversammlung vorgreifen.<sup>1)</sup>

zu d) Der erwirtschaftete Gewinn kann nicht durch Vorabführungen an Aktionäre verkürzt, sondern muß voll ausgewiesen werden.<sup>2)</sup>

Vergleicht man diese Gründe mit dem GmbH-Recht, so gilt:

zu a) Zur Sicherung des Stammkapitals als reinem Bilanzposten genügt ein Vermögen in Höhe des Nominalbetrages als Haftungsgrundlage. Inwieweit das darüber hinausgehende Vermögen der GmbH erhalten bleiben soll, ist von den Gesellschaftern aus kaufmännischen Überlegungen zu entscheiden.

zu b) Gegenüber den oft anonymen Beziehungen der Aktionäre untereinander sind sich in der Regel die GmbH-Gesellschafter persönlich bekannt. Die Gefahr einer ungleichmäßigen Behandlung ist daher gering.<sup>3)</sup>

zu c) Die Gesellschafterversammlung hat mehr Befugnisse als die Hauptversammlung und ist daher nicht so schutzbedürftig.<sup>4)</sup>

Durch die geringere Anzahl von Mitgliedern ist ferner eine stärkere Einflußnahme auf die Geschäftsführung möglich.<sup>5)</sup>

zu d) Da die Gesellschafter/Geschäftsführer im allgemeinen ihren Lebensunterhalt aus ihrer Mitarbeit in der GmbH bestreiten, muß ihnen eine einfachere Entnahme von Gesellschaftsmitteln erlaubt sein.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen: Das aktienrechtliche System der Kapitalsicherung ist nicht auf die GmbH zu übertragen, ohne gleichzeitig deren Gesellschaftsstruktur zu ändern. Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft mit personalistischen Elementen<sup>6)</sup>, die u.a. in der niedrigen Zahl von Gesellschaftern, oftmals mit Geschäftsführerfunktion<sup>7)</sup>, deutlich werden. Die Privatautonomie der GmbH-Gesellschafter wäre bei Übernahme der Bestimmungen des Aktienrechts zu weitgehend eingeschränkt.

---

1) vgl. Fischer in Großkomm. AktG (2. Aufl.) § 52, Anm. 3

2) vgl. Ballerstedt in Kapital S. 133

3) so zutreffend RegE BT-Drucksache 7/253 S. 109

4) vgl. Hueck S. 246; Wagner S. 297

5) vgl. dazu §§ 35-52 GmbHG und §§ 76-94, 118-120 AktG

6) vgl. die eingehenden Untersuchungen von Immenga in Kapitalgesellschaft S. 72 ff

7) vgl. die Übersicht von Winter H., GmbHRdsch 1969, 119 ff

## VI. Zusammenfassung

Die Einzelfragen zu dem Grundsatz - das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden - sind in Rspr. und Literatur weitgehend geklärt. Die Übernahme dieses Grundsatzes durch § 46 Abs. 1 RegE führt daher nicht zu unüberwindlichen Schwierigkeiten für Gesellschafter und Gerichte. Solange die Gesellschaft am Wirtschaftsleben teilnimmt, reicht das bisherige System der Kapitalsicherung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger zumindest bei seriösem Geschäftsverhalten der Gesellschafter aus. Gegen vorsätzliche Verstöße helfen auch keine einschneidenderen Sicherungsgesetze. Die aktienrechtliche Lösung würde dem personalistischen Aspekt in der Rechtsform der GmbH nicht gerecht und die Privatautonomie der Gesellschafter zu sehr beschränken. Die Einführung einer gesetzlichen Nachschußpflicht scheitert am Prinzip der Haftungsbeschränkung und ist während der Geschäftsdauer zudem nicht erforderlich. Beschließen die Gesellschafter selbst die Bildung eines Nachschußkapitals, ist die Beschränkung ihrer Entscheidungsfreiheit in der Weise gerechtfertigt, daß sie über dieses Kapital nur dann frei verfügen können, wenn dadurch das stammkapitaldeckende Vermögen nicht angegriffen wird. Den diesbezüglich vorgesehenen Verschärfungen des RegE ist aber nur z.T. zuzustimmen. Die Vorstellungen des RegE über die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Auszahlungsverbot sind dagegen anzuerkennen.

## 4 Die Gefährdung des Stammkapitals durch den Erwerb eigener Geschäftsanteile

### I. Einführungsbeispiele

Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH kann das Stammkapital dadurch gefährden, daß Teile des Gesellschaftsvermögens, die zum gebundenen Vermögen gehören, als Gegenleistung für den Erwerb an Gesellschafter zurückgewährt werden.<sup>1)</sup> Folgende Beispielfälle sollen die Probleme aufzeigen:

Fall a: Das Stammkapital einer GmbH beträgt DM 40.000. Es soll - zur Vereinfachung - dem Gesellschaftsvermögen entsprechen. Bei der Gründung haben die vier Gesellschafter A, B, C und D eine Stammeinlage von je DM 10.000 übernommen und jeweils voll eingezahlt. Das Stammkapital wurde in Höhe von DM 20.000 in Maschinen investiert. Die Gesellschaft befindet sich im 1. Geschäftsjahr; der Geschäftsverlauf ist ungünstig; Gewinne sind zunächst nicht zu erwarten. C und D möchten daher ausscheiden, A und B dagegen die Gesellschaft fortsetzen. Trotz intensiver Bemühungen findet sich aufgrund der ungünstigen Geschäftslage kein Interessent, der anstelle von C und D in die Gesellschaft eintreten will. A und B verfügen nicht über das Geld, C und D "auszuzahlen". In der Gesellschafterversammlung beschließt man daraufhin einstimmig, daß die Gesellschaft gegen Zahlung von jeweils DM 10.000 die Geschäftsanteile von C und D erwerben soll.

Fall b: Die Abweichung gegenüber Fall a besteht nur darin, daß die Gesellschafter C und D auf ihre Stammeinlage erst DM 5.000 einbezahlt haben. Dennoch beschließt die Gesellschafterversammlung, die Geschäftsanteile gegen Zahlung von DM 5.000 zu erwerben.

Fall c: Gleiche Ausgangslage wie in Fall a. Durch erzielte Gewinne soll sich das Gesellschaftsvermögen allerdings auf DM 80.000 belaufen. C und D sollen als Gegenleistung jeweils DM 20.000 erhalten.

Nimmt man einen Zahlenvergleich in den typisierten Fällen vor, ergeben sich folgende Rechnungen:

Fall a:  $40.000 - 20.000 = \text{Restvermögen DM } 20.000$

Fall b:  $30.000 - 10.000 = \text{Restvermögen DM } 20.000$

Fall c:  $80.000 - 40.000 = \text{Restvermögen DM } 40.000 =$

Höhe der Stammkapitalziffer

Ein weiterer Unterschied: in den Fällen a und c sind die Stammeinlagen voll eingezahlt, in Fall b nicht; ferner beträgt die Gegenleistung der Gesellschaft in Fall a DM 10.000, in Fall b DM 5.000, in Fall c DM 20.000 pro Gesellschafter.

---

1) vgl. Bitter in Kapital 3. 430 ff, 446 ff; ders. in Probleme S. 79

Zu untersuchen sind somit folgende Fragengruppen: was bedeutet Geschäftsanteil, wie wird er bewertet, ist er verkehrsfähig, in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen ist ein Erwerb eigener Geschäftsanteile zulässig, welche Rechtswirkungen ergeben sich daraus und welche Sanktionen sieht das Gesetz im Falle eines unzulässigen Erwerbs eigener Geschäftsanteile, insbesondere bei einer Gefährdung des Stammkapitals, vor ?

## II. Begriff und Bedeutung des Geschäftsanteiles

### 1. Geschäftsanteil = Mitgliedschaftsrecht an der GmbH

Rein sprachlich gesehen bedeutet Geschäftsanteil "Anteil an einem geschäftlichen Unternehmen, das von mehreren betrieben wird."<sup>1)</sup> Die wirtschaftliche Bedeutung liegt darin, an Gewinn und Verlust eines Geschäftsunternehmens beteiligt zu sein, bei Verlust aber nur beschränkt.<sup>2)</sup> Rechtlich gesehen ist der Geschäftsanteil nicht Miteigentumsanteil am Gesellschaftsvermögen, da dessen Eigentümer allein die GmbH als juristische Person ist. Das Gesellschaftsvermögen befindet sich auch nicht in Gesamthandseigentum. Der Geschäftsanteil ist vielmehr das Mitgliedschaftsrecht an der Körperschaft GmbH, "der Inbegriff aller mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten"<sup>3)4)</sup>, die sich aus dem GmbHG und dem Gesellschaftsvertrag ergeben. Die wesentlichsten Pflichten sind die Bewirkung der Bar- bzw. Sacheinlage (§§ 19 ff) und der Nachschußzahlungen (§§ 26 ff). Die Rechte unterteilen sich in Verwaltungsrechte (§§ 45 ff), z.B. Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen, Stimmrecht, Recht auf Auskunft, auf Einsicht in die Geschäftsbücher, auf Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten usw., und in Vermögensrechte (Nutzungs- und Anfallsrechte), z.B. Beteiligung am Reingewinn (§ 29)

---

1) vgl. Unger S. 14

2) vgl. oben zur Begriffsbestimmung "Haftungsbeschränkung" S. 21

3) vgl. die einhellige Meinung: Feine S. 262; Hueck S. 234; Unger S. 14 f; Liebmann-Saenger § 14, Anm. 1; Brodmann § 14, Anm. 1 a; Scholz § 14, Anm. 3 und 4; Schilling in Hachenburg § 14, Anm. 4; Baumbach-Hueck § 3, Anm. 6 B; Vogel § 14, Anm. 2; Wieland S. 310

4) der Entwurf S. 3737 bezeichnet den Geschäftsanteil als "die durch Übernahme der Stammeinlage begründete Beteiligung an dem Gesamtvermögen der Gesellschaft"

und am Liquidationsüberschuß (§ 72 GmbHG).<sup>1)</sup>

## 2. Abgrenzung gegenüber

### a) "Geschäftsanteil" im Genossenschaftsrecht

Auch das GenG kennt den Begriff "Geschäftsanteil" in den §§ 7 Ziff. 1, 19 Abs. 1, 22 Abs. 1 u.a. GenG. Eingetragene Genossenschaften, die das GenG als Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl definiert, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken (§ 1 GenG), sind wie die GmbH juristische Personen (§ 17 Abs. 1 GenG). Sie sind nach § 17 Abs. 2 GenG i.V.m. § 6 HGB Formkaufmann und konnten nach § 7 Ziff. 1 GenG a.F. mit unbeschränkter oder beschränkter Haftpflicht gegründet werden.<sup>2)</sup> "Beschränkte Haftpflicht" bei einer Genossenschaft war aber nicht der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen einer GmbH gleichzusetzen; dieses Tatbestandsmerkmal bedeutete vielmehr: Die Nachschulpflicht der einzelnen Genossen war gegenüber der Genossenschaft im voraus auf eine bestimmte Haftsumme beschränkt.<sup>3)</sup> In dieser Gesellschaftsform bedeutet "Geschäftsanteil" rechtlich nicht die Mitgliedschaft, d.h. die Summe der dem Genossen zustehenden Rechte und Pflichten.<sup>4)</sup> Er ist lediglich der satzungsmäßige Höchstbetrag, bis zu dem sich die Genossen mit Einzahlungen an der eingetragenen Genossenschaft beteiligen können<sup>5)</sup> und insoweit in etwa mit der Stammeinlage der GmbH zu vergleichen.<sup>6)</sup> Der Geschäftsanteil in der Genossenschaft ist bloße Rechnungsgröße, die in der Bilanz nicht erscheint.<sup>7)</sup>

---

1) vgl. im einzelnen Feine S. 262-289 auch wegen Sonder- und Einzelrechten nach der Satzung; Unger S. 14-19

2) durch das Gesetz zur Änderung des GenG vom 9.10.1973 (BGBl I S. 1451) ist diese Unterscheidung aufgehoben

3) vgl. Hueck S. 248

4) vgl. Hueck S. 249

5) vgl. Hueck a.a.O.; Meyer-Meulenbergh § 7, Anm. 7; Lang-Weidmüller § 7, Anm. 3

6) vgl. Unger S. 16

7) vgl. Meyer-Meulenbergh a.a.O.

b) "Aktie" bei einer Aktiengesellschaft

Unter einer "Aktie" bei der Aktiengesellschaft versteht man dagegen die Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die dem einzelnen Aktionär infolge seiner Beteiligung an der Gesellschaft zustehen, d.h. also die Rechte oder Pflichten aus der Mitgliedschaft.<sup>1)</sup> Insofern entspricht die Aktie dem Geschäftsanteil einer GmbH. Die Aktie bedeutet aber weiterhin den Bruchteil des Grundkapitals der Aktiengesellschaft<sup>2)</sup>, da nach § 1 Abs. 2 AktG das Grundkapital in einzelne Anteile zerlegt wird, die "Aktien" heißen. Hierin liegt ein Unterschied zum Geschäftsanteil nach geltendem GmbH-Recht, da sich das GmbH-Stammkapital aus den geleisteten bzw. zu leistenden Stammeinlagen zusammensetzt.<sup>3)</sup> Eine weitergehende Bedeutung der Aktie gegenüber dem GmbH-Geschäftsanteil ist schließlich, daß unter Aktie auch die Aktienurkunde zu verstehen ist, in der die Mitgliedschaftsrechte verbrieft sind.<sup>4)</sup> Die Aktie muß zwar nicht als Urkunde ausgestellt werden, doch ist dies seit langem üblich.<sup>5)</sup> Die Aktienurkunde, als Wertpapier, kann somit grundsätzlich an der Börse gehandelt werden, da die Übertragung aktienrechtlicher Mitgliedschaftsrechte nach Wertpapierrecht durch Übereignung der Aktienurkunde erfolgt.

Die Beteiligung an einer GmbH ist dagegen nie in einem Wertpapier verbrieft.<sup>6)</sup> Es wird zwar ohne gesetzliche Regelung als zulässig angesehen, sog. "Anteilscheine" auszugeben. Diese sind aber weder Wertpapier<sup>7)</sup> noch Schuldschein<sup>8)</sup>, sondern nur Beweisurkunden, die weder auf den Inhaber noch an Order ausgestellt werden können.<sup>9)</sup> Der Besitz von Anteilscheinen ist

- 
- 1) vgl. Kraft in Kölner Kommentar § 1, Anm. 55; Godin-Wilhelmi § 1, Anm. 15, § 11, Anm. 3; Hueck S. 122; Lehmann K. S. 172/173; Wieland S. 34 ff; Würdinger in Kapitalgesellschaften S. 37; Wagner S. 231 ff
  - 2) so Hueck S. 121; Lehmann K. a.a.O.; Wagner a.a.O. m.w.N.
  - 3) s.o. § 2 I. 1.a) - anders der RegE, der das Stammkapital als Summe der Geschäftsanteile vorsieht - s.o. § 2 II. 1.
  - 4) vgl. Kraft in Kölner Kommentar a.a.O.; Godin-Wilhelmi a.a.O.
  - 5) vgl. Hueck S. 122; Schilling in Hachenburg, Anhang zu § 14, Anm. 1
  - 6) einhellige Meinung: Schilling in Hachenburg, Anhang zu § 14, Anm. 2; Scholz § 14, Anm. 3; Baumbach-Hueck § 14, Anm. 2; Feine S. 289; Sch.-Fischer § 14, Anm. 3
  - 7) vgl. RGZ 53, 107 ff (109) Urt. vom 2.12.1902
  - 8) so Brodmann § 14, Anm. 4 a
  - 9) vgl. Feine S. 290; Vogel § 14, Anm. 4; Sch.-Fischer § 14, Anm. 3; Schilling in Hachenburg a.a.O.; Scholz § 14, Anm. 18; Baumbach-Hueck § 14, Anm. 2 B

nicht Voraussetzung für die Mitgliedschaft, er erleichtert aber insbesondere bei vielen Gesellschaftern, die Legitimation.<sup>1)</sup> Der Grund für diesen Unterschied liegt in der Rechtsnatur der GmbH als Mittelstellung zwischen der individualistischen OHG und der kapitalistischen Aktiengesellschaft.<sup>2)</sup> Es besteht kein Interesse der in der Regel nur wenigen Gesellschafter einer GmbH daran, daß an der Börse völlig unbekannte Personen Mitgliedschaftsrechte ohne Einflußnahme der Gesellschafter erwerben können.

### 3. Der Wert des Geschäftsanteils

Die Höhe eines Geschäftsanteiles bestimmt sich nach dem Betrag, der von einem Gesellschafter übernommenen Stammeinlage (§ 14 GmbHG). Damit ist nur die Bezeichnung gemeint, die durch einen Nennbetrag erfolgt, der dem Betrag der Stammeinlage gleichkommt.<sup>3)</sup> Nach diesem Betrag, der in der Satzung ersichtlich ist, werden z.B. der Gewinnbeteiligungsanspruch (§ 29 GmbHG) und der Liquidationsüberschuß (§ 72 GmbHG) verhältnismäßig an die Gesellschafter verteilt. Ebenso wird das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung durch den Nennbetrag ermittelt (§ 47 Abs. 2 GmbHG)<sup>4)</sup>. Auch die Haftung der Gesellschafter bei einem Verstoß gegen das Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG richtet sich nach dem rechnerischen Verhältnis der Geschäftsanteile (§ 31 Abs. 3 GmbHG). Diese "starren" Zahlen besagen aber nichts über den realen Wert des Geschäftsanteiles. Sie entsprechen diesem allenfalls bei der Gründung der Gesellschaft. Im späteren Geschäftsverlauf wird der Vermögenswert des Geschäftsanteiles vom Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens bestimmt.

---

1) vgl. Hueck S. 235

2) vgl. Feine S. 373

3) vgl. Schilling in Hachenburg § 14, Anm. 11: auch wenn die Gesellschafter erhebliche Nachschüsse eingezahlt haben, wird ihr Geschäftsanteil nur mit dem Betrag der Stammeinlage bezeichnet

4) den Gesellschaftern steht es allerdings frei, im Gesellschaftsvertrag eine andere Verteilungsform zu wählen  
vgl. Sch.-Fischer § 14, Anm. 2

"Dabei verhält sich der Wert des Geschäftsanteiles zum Betrag der Stammeinlage wie der Wert des Gesellschaftsvermögens zum Betrag des Stammkapitals".<sup>1)</sup> Bei der Bewertung eines Geschäftsanteiles sind wie beim Gesellschaftsvermögen der Ertrag, die Ertragsaussichten, der Kredit, der "good will", die gesamte Geschäftslage mit Anlage- und Umlaufvermögen der Gesellschaft Bewertungsgrundlagen.<sup>2)3)</sup> Der Wert des Geschäftsanteiles kann weiter dadurch beeinflusst werden, daß Anteile mit Sonderrechten, andere mit Sonderleistungspflichten verknüpft sein können.<sup>4)</sup> Daraus folgt, daß selbst Geschäftsanteile mit gleichem Nennbetrag verschiedene Vermögenswerte haben können. Ohne auf weitere Einzelheiten der Bewertungsproblematik<sup>5)</sup> eingehen zu müssen, bleibt festzuhalten, daß das Mitgliedschaftsrecht an einer GmbH einen vermögensrechtlichen, bewertbaren Kern beinhaltet, der es für den Rechtsverkehr interessant macht.

#### 4. Die Verkehrsfähigkeit des Geschäftsanteiles

Gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG kann der Geschäftsanteil veräußert und vererbt werden. Er ist teilbar (§ 17 Abs. 1 GmbHG), verpfändbar, pfändbar, zum Nießbrauch und zur Sicherungsübertragung geeignet.<sup>6)</sup> Diese Rechte können durch Satzung erschwert

---

1) vgl. Schilling in Hachenburg § 14, Anm. 8

2) vgl. Scholz § 14, Anm. 6

3) die Bewertung von Geschäftsanteilen ist besonders im Steuerrecht bedeutsam, da sie die Grundlage für die Errechnung der "Vermögenssteuer" bildet: vgl. § 13 BewG dazu wird weiter auf die umfangreiche Rspr. des BFH und der unteren Finanzgerichte verwiesen

4) vgl. Scholz § 14, Anm. 10-15; Feine S. 262-289

5) zum Problem der Bewertung eigener Anteile siehe auch Hösel, DNotZ 1958, 7; Gottschling in Handbuch der GmbH S. 603 ff

6) vgl. Baumbach-Hueck § 15, Anm. 6 A-C; Vogel § 15, Anm. 11 ff; Scholz § 15, Anm. 67 ff; Winkler, GmbHRdsch 1972, 75; Feine S. 404 ff;

ausführlich: Schilling in Hachenburg, Anhang I zu § 15; Wiedemann in Mitgliedschaftsrechte S. 397 ff, 421 ff; Müller, GmbHRdsch 1969, 4 ff, 34 ff und 57 ff; ders., Sicherungsübertragung S. 2 ff

(§ 15 Abs. 5 GmbHG) oder sogar ausgeschlossen werden.<sup>1)</sup> Nach § 15 Abs. 2 GmbHG darf ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteil weitere erwerben, ohne daß diese ihre Selbständigkeit verlieren.<sup>2)</sup> Der Gesellschafter kann dadurch auch die neu erworbenen Geschäftsanteile einzeln weiterveräußern oder rückübertragen.

Da sich mit der GmbH als juristische Person und mit den einzelnen Gesellschaftern als natürliche Person zwei selbständige Rechtsträger gegenüberstehen, ist auch eine Abtretung eines Geschäftsanteiles vom veräußernden Gesellschafter an die erwerbende GmbH rechtlich denkbar.<sup>3)4)</sup> Ebenso sind die Pfändung eines Geschäftsanteiles für die Gesellschaft, eine Verpfändung an sie, eine Nießbrauchstellung der Gesellschaft möglich.<sup>5)6)</sup>

- 
- 1) so die zutreffende Meinung: RGZ 80, 175 ff (179) Urt. vom 8.10.1912, aber ohne Begründung; Feine S. 370; Schilling in Hachenburg § 15, Anm. 2; Baumbach-Hueck § 15, Anm. 1 A; Scholz § 15, Anm. 42, 49 und 65; Wagner S. 325; Müller, Sicherungsübertragung S. 3/4; Wiedemann in Mitgliedschaftsrechte S. 89 ff (91)

Nach § 15 Abs. 5 GmbHG kann die Übertragung eines Geschäftsanteiles von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Der Gesetzgeber hat damit grundsätzlich anerkannt, daß es ein schutzwürdiges Interesse der GmbH geben kann, das der Veräußerung eines Geschäftsanteils entgegensteht. Dieses Interesse ist gerade bei Familiengesellschaften in GmbH-Form oder bei Gesellschaften, deren Mitgliedschaft nur einem gewissen Berufsstand mit besonderen Fachkenntnissen zugänglich ist, zu bejahen. Wenn die Gesellschaft somit nach dem Willen des Gesetzgebers im Einzelfall die Veräußerung von Geschäftsanteilen versagen kann, muß satzungsmäßig auch ein generelles Abtretungsverbot zulässig sein. Dies darf natürlich nicht zu einer unauflösliehen Bindung des Gesellschafters führen. Dieses Ziel ist aber durch andere Möglichkeiten zu erreichen: Sollte sich eine andere Interessenlage für die Gesellschaft ergeben, besteht immer noch die Möglichkeit, das Verbot der Veräußerlichkeit durch eine Satzungsänderung aufzuheben. Außerdem gilt auch für die GmbH das allgemein anerkannte Prinzip des Privatrechts: Kündigung eines Dauerrechtsverhältnisses aus wichtigem Grund.

a.A.: Brodmann § 15, Anm. 5 a; Vogel § 15, Anm. 2

- 2) bei der Gründung kann der Gesellschafter dagegen nur einen Geschäftsanteil erwerben: vgl. oben § 2 I. 1.a)
- 3) vgl. Vogel § 33, Anm. 2
- 4) über die Voraussetzungen eines zulässigen Erwerbes eigener Anteile s.u. § 4 V. ff
- 5) vgl. Scholz § 33, Anm. 2; Winkler, GmbHRdsch 1972, 75
- 6) Müller erwähnt in Sicherungsübertragung nicht ausdrücklich die Übereignung von Geschäftsanteilen an die GmbH zur Sicherheit von Krediten an einen Gesellschafter. In den Grenzen des § 33 GmbHG müßte sie aber zulässig sein.

### III. Der Erwerb des Geschäftsanteiles

Nach der Darstellung der grundsätzlichen Verkehrsfähigkeit von Geschäftsanteilen soll nun der Erwerb näher untersucht werden.

#### 1. Die Form des Erwerbes

Die Form, in der sich der Erwerb eines Geschäftsanteiles<sup>1)</sup> vollzieht, ist in den §§ 15, 16 GmbHG geregelt. Vorgeschrieben ist die notarielle Form des Abtretungsvertrages (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Dies gilt auch für den Fall, daß Anteilscheine ausgegeben sind, da diese keinen Wertpapiercharakter haben.<sup>2)</sup> Eine Außerachtlassung der Form hat gemäß § 125 BGB Nichtigkeit zur Folge. Auch das schuldrechtliche Rechtsgeschäft, in dem die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteiles begründet wird, bedarf der notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG).<sup>3)</sup> Ein Verstoß gegen diese Formvorschrift wird aber durch eine Abtretung in notarieller Form geheilt (§ 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Nach § 16 Abs. 1 GmbHG gilt zudem der Gesellschaft gegenüber nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Überganges angemeldet ist.<sup>4)</sup>

---

1) bezieht sich auch auf den Erwerb eigener Geschäftsanteile vgl. RG, Urt. vom 6.5.1907, JW 1907, 370; Liebmann-Saenger § 33, Anm. 4

2) s.o. § 4 I. 2.b) S. 66

3) in der Regel werden Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft in einer notariellen Urkunde aufgenommen

4) über die Frage, welche rechtliche Bedeutung die Anmeldung hat, besteht Uneinigkeit: Ruth, ZHR 88, 497, Feine S. 268 und Schilling in Hachenburg § 15, Anm. 66, unter Aufgabe des früheren Standpunktes, sehen in der Anmeldung eine zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abtretung, die sich in zwei Akten vollziehe: individualrechtlich - Abtretungsvertrag; sozialrechtlicher Akt der Körperschaft gegenüber - Anmeldung;

RGZ 127, 236 ff (240) Urt. vom 11.2.1930; Brodmann § 16, Anm. 1 a; Scholz § 16, Anm. 2; Sch.-Fischer § 16, Anm. 2 und Baumbach-Hueck § 16, Anm. 3 A/B lassen dagegen Abtretung in vorgeschriebener Form genügen und sehen in der Anmeldung nur einen Legitimationserwerb der GmbH gegenüber, d.h. eine Voraussetzung für die Geltendmachung des bereits erworbenen Mitgliedschaftsrechts.

eigene Meinung: Da beide Ansichten bei der Rechtsstellung des Erwerbers nach Abtretung und vor Anmeldung zu gleichen Ergebnissen kommen - nämlich: im Verhältnis Veräußerer - Erwerber und zu Dritten ist der Erwerber bereits Inhaber des Geschäftsanteils; im Verhältnis Veräußerer - Gesellschaft haftet ersterer nach wie vor für Verpflichtungen und ist Inhaber von Rechten - ist der Streit ohne große praktische Bedeutung.

## 2. Die Rechtsfolgen des Erwerbes

Welche Rechtsfolgen sich aus dem formgemäßen Erwerb von Geschäftsanteilen herleiten, richtet sich nach der Person des Erwerbers.

### a) Erwerb durch Dritte

Nach einhelliger Meinung liegt ein Mitgliederwechsel vor: Der ausscheidende Gesellschafter verliert seine Position in der Gesellschaft, insbesondere seinen vermögensrechtlichen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Seine sämtlichen Rechte und Pflichten gehen auf den Erwerber über. Für die Gesellschaft bedeutet der Vorgang Austritt eines bisherigen Gesellschafters unter Beitritt eines anderen.<sup>1)</sup>

### b) Erwerb durch einen anderen Gesellschafter

Der Gesellschafter erwirbt keine neuen Mitgliedschaftsrechte: Er kann wie der Aktionär nur einmal Mitglied werden. Seine mitgliedschaftliche Stellung verstärkt sich aber, da z.B. sein Stimmrecht entsprechend gewichtiger wird und auch bei der Ermittlung des auszuschüttenden Gewinns mehrere Anteile für ihn zählen.<sup>2)</sup>

### c) Erwerb durch die Gesellschaft

Streitig ist, was mit den Mitgliedschaftsrechten und -pflichten geschieht, wenn die GmbH eigene Anteile erwirbt und sie in Besitz behält. § 71 Abs. 6 S. 1 AktG bestimmt für die Aktiengesellschaft eindeutig, daß der Gesellschaft aus eigenen Aktien keine Rechte zustehen. Das GmbHG hat diese Frage nicht geregelt; daher werden auch fast alle denkbaren Ansichten vertreten.

Einstimmigkeit besteht noch insoweit, daß der formgerechte Erwerb eigener Geschäftsanteile deren Selbständigkeit nicht berührt und demnach eine Weiterveräußerung durch die Gesell-

---

1) vgl. Feine S. 370; Schilling in Hachenburg § 14, Anm. 16, § 15, Anm. 66

2) vgl. Feine S. 268; Schilling in Hachenburg § 15, Anm. 69; Scholz § 15, Anm. 55; Ruth, ZHR 88, 516, 517; Grothus, GmbHRdsch 1958, 19

schaft nach den §§ 15, 16 GmbHG zulässig ist.<sup>1)</sup> Bezüglich des Stimmrechts hat sich zutreffend die Meinung durchgesetzt, daß dieses während der Besitzzeit der GmbH am eigenen Anteil ruhen soll.<sup>2)</sup> Gleiches soll für die übrigen Verwaltungsrechte gelten.<sup>3)</sup>

Bei den Vermögensrechten werden im wesentlichen drei Ansichten vertreten: Die Gesellschaft könne sie wie bisher ihr Mitglied uneingeschränkt ausüben;<sup>4)</sup> alle Ansprüche (auf Gewinnbeteiligung, Liquidationserlös usw.) und Verpflichtungen (z.B. Nachschußpflicht), die in der Zeit der eigenen Beteiligung fällig werden, gingen in bezug auf diese Anteile durch Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person unter;<sup>5)</sup> auch diese Ansprüche ruhen, d.h. sie gelangen von vornherein nicht zur Entstehung.<sup>6)</sup>

Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, ist die letzte Meinung am zweckmäßigsten.<sup>7)8)</sup>

- 
- 1) vgl. Liebmann-Saenger § 33, Anm. 6; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 14; Scholz § 33, Anm. 10; Vogel § 33, Anm. 7; Baumbach-Hueck § 33, Anm. 3 B; Feine S. 416 f; Unger S. 40; Winkler, GmbHRdsch 1972, 79; etwas unklar Ruth, ZHR 88, 515/516
  - 2) so Liebmann-Saenger § 33, Anm. 6; Brodmann § 33, Anm. 2 b; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 16; Scholz § 33, Anm. 18; Sch.-Fischer § 33, Anm. 4; Baumbach-Hueck § 33, Anm. 3 C; Feine S. 421; Hösel, DNotZ 1958, 9; Buchwald, GmbHRdsch 1958, 173; Winkler, GmbHRdsch 1972, 79; RGZ 103, 64 ff (66) Urt. vom 21.10.1921 a.A.: Unger S. 48; Grothus, GmbHRdsch 1958, 58 ff die Begründung ist umstritten: Zöllner S. 131, 142 sieht diese Folgerung unter Bezugnahme auf § 71 Abs. 6 AktG zutreffend als berechtigte Zweckentscheidung an
  - 3) vgl. Feine S. 420
  - 4) so Unger S. 44 ff
  - 5) vgl. Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 15; Scholz § 33, Anm. 11; Sch.-Fischer § 33, Anm. 4; Hösel a.a.O. S. 8;
  - 6) vgl. Baumbach-Hueck § 33, Anm. 3 B; Vogel § 33, Anm. 7; Buchwald a.a.O. S. 172; Winkler a.a.O. S. 78;
  - 7) gegen die Konfusionstheorie sprechen auch rechtliche Bedenken: Bei einer GmbH, die eigene Anteile besitzt, ist nämlich von Anfang an zum Zeitpunkt des Entstehens z.B. einer Nachschußpflicht die Personenidentität von Gläubiger und Schuldner gegeben - eine "Vereinigung" findet somit gar nicht statt; vgl. Palandt-Heinrichs, Überblick vor § 362, Anm. 1; Enn.-Lehmann S. 303 zum Begriff "Konfusion"
  - 8) über die Meinungsverschiedenheiten, wie sich ein eigener Anteil ohne Rechte und Pflichten auf die übrigen auswirkt, vgl. die eingehenden Ausführungen von Buchwald a.a.O. S. 172

Der eigene Anteil gehört zum Vermögen der GmbH. Er ist daher als Aktivum in ihre Bilanz einzusetzen.<sup>1)2)</sup> Der einzusetzende Wert ist nicht der Nennwert, sondern der Verkaufswert, denn mit ihm ist der Anteil durch einen Verkauf wieder realisierbar, und diesen Wert hat die GmbH in der Regel für den Erwerb auch aufgewendet.<sup>3)</sup>

Der Erwerb eines eigenen Geschäftsanteils bedeutet also den Austritt eines Gesellschafters unter Erwerb seines Anteils am Gesellschaftsvermögen durch die Gesellschaft selbst, ohne Eintritt eines neuen Gesellschafters.<sup>4)</sup> Das Stammkapital bleibt unverändert. Eine subjektive Mitgliedschaft der GmbH besteht nicht; die Mitgliederstelle bleibt aber zur jederzeitigen Neu-besetzung erhalten; ebenso der Anteil am Vermögen als selbstständiges Rechtsobjekt, als objektive Grundlage der Mitgliedschaft. Den erworbenen Anteil, der in der Bilanz ein Aktivum ist, kann die Gesellschaft weiterveräußern.<sup>5)</sup>

#### IV. Der Geschäftsanteil nach dem RegE

Zu den bislang erörterten Fragen des Geschäftsanteils sollen nun die Abweichungen im RegE dargestellt werden.

Durch § 1 Abs. 2 RegE wird festgesetzt, daß die GmbH ein in Geschäftsanteile zerlegtes Stammkapital haben soll. Dadurch erfolgt eine weitere Angleichung des Geschäftsanteils an die Aktie; in derselben Vorschrift wird aber klargestellt, was bisher gesetzlich nicht geregelt war, daß keine Urkunden mit Wertpapiercharakter für Geschäftsanteile ausgestellt werden können. Die §§ 5, 6 RegE sehen vor, daß der Geschäftsanteil auf einen Nennbetrag in Deutscher Mark von mindestens DM 500 lauten muß, auf den die Gesellschafter eine entsprechende Einlage zu leisten haben. Wie unter § 2 II. 1. schon dargelegt,

- 
- 1) so RFH 25, 40/41 Urt. vom 8.2.1929; Feine S. 422; Baumbach-Hueck § 33, Anm. 3 B; Sch.-Fischer § 33, Anm. 4; Buchwald, GmbHRRdsch 1958, 169; Hösel, DNotZ 1958, 9
  - 2) wegen der grundsätzlichen Bedenken gegen eine Bilanzierungsfähigkeit eigener Anteile vgl. Feine S. 422 f
  - 3) vgl. Baumbach-Hueck a.a.O.; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 19; Scholz § 33, Anm. 19; Vogel § 33, Anm. 7; Hösel a.a.O.  
Buchwald a.a.O. S. 171/172 meint wohl dasselbe, wenn er vom tatsächlichen Wert spricht und höchstens den Anschaffungswert gelten lassen will
  - 4) vgl. Feine S. 417
  - 5) vgl. Buchwald a.a.O. S. 169

setzt der RegE nur andere Prioritäten. Inhaltlich wird damit jedoch an dem Begriff des Geschäftsanteiles als der Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters nichts geändert.<sup>1)</sup>

Die Übertragung von Geschäftsanteilen ist in den §§ 51 ff RegE geregelt. § 51 Abs. 2 klärt die unter § 4 II. 4., S. 69 Fn. 1) aufgezeigte Streitfrage zu Recht dahin, daß die Abtretung durch Satzung generell ausgeschlossen werden kann. Ergänzt wird diese Vorschrift durch § 211 RegE, der dem einzelnen Gesellschafter einen Austritt aus wichtigem Grund nicht nur analog zu anderen Rechtsvorschriften (z.B. § 626 BGB), sondern kraft besonderer Gesetzesvorschrift ermöglichen soll. Der RegE klärt ferner das Problem einer nachträglichen Satzungsänderung, die den Ausschluß der Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen beinhalten soll: § 51 Abs. 2 RegE verlangt dazu die Zustimmung aller Gesellschafter. Die Lösung ist gut, da sie die Interessen aller Gesellschafter berücksichtigt und eine Benachteiligung von Minderheiten ausschließt.

Was die Form der Übertragung anbetrifft, so will es der RegE bei der Regelung des geltenden Rechts (§§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG, 125 BGB) belassen und zusätzlich einen Spezialfall, die Abtretung des Anspruchs auf Abtretung des Geschäftsanteils, der gleichen Form unterwerfen (§ 52 Abs. 2 RegE). Gleichzeitig sollen, was bislang überwiegend nicht als erforderlich angesehen wurde<sup>2)</sup>, Bevollmächtigte einer Vollmacht in notarieller Form bedürfen (§ 52 Abs. 3 RegE). Die amtliche Begründung führt dazu aus: "Damit wird eine Lücke des geltenden Rechts geschlossen, die bisher einen unerwünschten formlosen Handel

---

1) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 84

2) vgl. Sch.-Fischer § 15, Anm. 5; Baumbach-Hueck § 15, Anm. 3 C; Feine S. 380; Scholz § 15, Anm. 20 unter Hinweis auf § 167 Abs. 2 BGB  
RGZ 87, 246 ff (248) Urt. vom 26.10.1915; RGZ 135, 70 ff (71) Urt. vom 26.1.1932  
für die Ermächtigung zum Selbstkontrahieren (§ 181 BGB) wurde teilweise das Formerfordernis verlangt, so Brodmann, § 15, Anm. 1; Vogel § 15, Anm. 5  
für Blankovollmachten verlangte der BGH in BGHZ 19, 69 ff (72) Urt. vom 17.11.1955 die notarielle Beurkundung.

mit Geschäftsanteilen nicht völlig ausschloß; außerdem klärt § 52 Abs. 3 RegE eine Streitfrage."<sup>1)</sup> Formell gesehen ist diese Begründung richtig; ob die "Reform" auch materiell gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft. Die "Streitfrage" ist durch die BGH-Rechtsprechung und die neuere Literaturmeinung geklärt. Schutzzweck des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG ist im Gegensatz zu der Formvorschrift des § 313 BGB nicht, eine leichtfertige Veräußerung von Geschäftsanteilen zu verhindern<sup>2)</sup>, sondern die Verhinderung eines Handels im Börsenverkehr, die Übersichtlichkeit der Mitgliedschaftsverhältnisse und die Erleichterung der Erhebung der Kapitalverkehrsteuer.<sup>3)</sup> Wenn aber ein Bevollmächtigter namentlich bekannt ist, so braucht diese Benennung nicht notariell beurkundet zu werden, um den Schutzzweck des § 15 GmbHG zu erfüllen, denn auch die formlose Vollmacht ermöglicht nur die Abtretung eines Geschäftsanteils in notarieller Beurkundung in einem Fall und kann zu keinem schwunghaften Handel führen. Der § 52 Abs. 3 RegE sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

Auch die Ausdehnung des Formerfordernisses auf die Abtretung des Anspruches auf Übertragung gemäß § 52 Abs. 1 RegE ist zu weitgehend, denn der reine Übertragungsakt ist sowieso noch in notarieller Form notwendig.

Erfreulich ist dagegen die Klarstellung des § 57 Abs. 6 RegE entsprechend dem Aktiengesetz § 71 Abs. 6 S. 1: Der GmbH sollen aus eigenen Geschäftsanteilen keine Rechte zustehen, was auch für Anteile gelten soll, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören. Diese Bestimmung ist geeignet, Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.<sup>4)</sup>

Die nach geltendem Recht von der h.M. als zulässig erachtete Aktivierung eigener Anteile hatte der RefE in § 130 Abs. 3 ausdrücklich verboten.<sup>5)</sup> Lutter<sup>6)</sup> hat diesen Vorschlag begrüßt. Der RegE bestimmt dagegen in § 129 Abs. 1, der die Gliederung einer Jahresbilanz vorschreibt, unter IV B Ziff. 8, daß eigene Anteile unter Angabe ihres Nennbetrages auf der

---

1) BT-Drucksache 7/253 S. 113

2) so BGHZ 13, 49 ff (52) Urt. vom 24.3.1954; Lutter in Probleme S. 85

3) Lutter a.a.O., wobei letzteres wohl ironisch gemeint ist

4) s.o. S. 71 f

5) vgl. RefE zu § 130 S. 291/292

6) in Probleme S. 83

Aktivseite auszuweisen sind. Die amtliche Begründung vermerkt dazu lediglich, daß § 129 III - IV B. Ziff. 10 dem AktG § 151 Abs. 1 Aktivseite B II - III Nr. 10 entnommen ist.<sup>1)</sup>

Dieser kommentarlose Sinneswandel ist nicht recht einzusehen, nachdem noch der RefE sehr ausführlich sein Verbot wie folgt begründet hatte: Einmal Gefährdung der Kapitalgrundlage, da eine objektive Kontrolle fehlt, ob die Geschäftsanteile richtig bewertet worden sind<sup>2)</sup>, zum anderen Unklarheit der Bilanz, da der Eindruck entstehen würde, daß auch in Höhe des Wertes der eigenen Geschäftsanteile noch freie Rücklagen vorhanden seien, die ausgeschüttet werden könnten, was einen möglichen Verstoß gegen § 55 Abs. 2 RefE (= § 33 Abs. 2 GmbHG, § 57 RegE) zur Folge hätte.<sup>3)</sup>

Die Lösung des RefE diene somit durchaus der Erhaltung des Stammkapitals.<sup>4)</sup> Der Beispielfall unten in Fn. 3 beweist, daß es nicht genügt, den Erwerb eigener Geschäftsanteile nur an die Voraussetzung zu knüpfen, daß ein ausschüttungsfähiges Vermögen in entsprechender Höhe zur Verfügung steht, wenn nicht eine Bilanzregelung ergänzend eingreift. Erreicht der tatsächliche Wert nicht den Nennwert, führt die Aktivierung eigener Anteile wie aufgezeigt zu einer Überbewertung der Aktiva, die unzulässige Gewinnausschüttungen mit sich bringen

1) BT-Drucksache 7/253 S. 165

2) 3) Zwei Beispielfälle zur Erläuterung

| zu 2) Aktiva     |               | Passiva       |               |
|------------------|---------------|---------------|---------------|
| sonstige Aktiva: | 30.000        | Stammkapital: | 40.000        |
| eigener Anteil : | 10.000        |               |               |
|                  | <u>40.000</u> |               | <u>40.000</u> |

Ist der tatsächliche Wert des Geschäftsanteiles nur DM 5.000, ist das Stammkapital um diesen Betrag nicht mehr gedeckt.

| zu 3) Aktiva     |               | Passiva       |               |
|------------------|---------------|---------------|---------------|
| sonstige Aktiva: | 35.000        | Stammkapital: | 40.000        |
| eigener Anteil : | 10.000        | Rücklagen :   | 5.000         |
|                  | <u>45.000</u> |               | <u>45.000</u> |

Ist der tatsächliche Wert des Geschäftsanteiles DM 2.500, belaufen sich die Aktiva auf DM 37.500; das Stammkapital ist nicht mehr gedeckt. Dennoch könnten die Gesellschafter die Rücklagen von DM 5.000 auflösen und als Gewinn ausschütten, da in der Bilanz die Rücklagen durch den überhöhten Wert des Geschäftsanteils ausgeglichen sind. Dürfte der eigene Anteil nicht aktiviert werden, müßten die Rücklagen als Aktiva der Gesellschaft zugeführt werden, um das Stammkapital abzudecken.

4) vgl. Lutter in Probleme S. 83

kann. Aus diesen Gründen fordert die h.M. zum geltenden Recht die Aktivierung zum Real- und nicht zum Nennwert.<sup>1)</sup> Es ist daher unzweckmäßig, wenn der RegE die Einsetzung der eigenen Anteile unter Angabe ihres Nennbetrages vorschreibt. Diese Forderung ist auch nicht durch den Hinweis auf das Aktienrecht gerechtfertigt. Der gesonderte Ausweis der eigenen Aktien gemäß § 151 AktG dient nämlich der Durchsetzung des Erwerbsverbotes in § 71 Abs. 1 und der Kontrolle, ob eine Ausnahme von diesem Erwerbsverbot gemäß § 71 Abs. 1 Nr. 1-6 AktG gegeben ist.<sup>2)</sup> Diese Rechtsschutzziele sind dem GmbH-Recht aber fremd. Einem völligen Aktivierungsverbot, wie es der RefE vorsah, kann allerdings auch nicht zugestimmt werden. Wenn man nämlich den Erwerb eigener Geschäftsanteile zulässt, müssen die Anteile auch auf der Aktivseite der Bilanz eingesetzt werden dürfen, da sie einen Vermögenswert darstellen, der zum Gesellschaftsvermögen zählt. Diesen Wert kann man nicht einfach wegfallen lassen, sonst würde man gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit verstoßen.<sup>3)</sup> Um aber die oben aufgezeigten Konsequenzen, die das Stammkapital gefährden können, zu vermeiden, sind die eigenen Anteile mit dem Realwert zu bilanzieren, der u.a. nach dem Niederwertsprinzip<sup>4)</sup> zu ermitteln ist.

## V. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile bei nicht voll eingezahlten Stammeinlagen

### 1. Zweck und Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 GmbHG

Wenn die Stammeinlage noch nicht voll eingezahlt ist, verbietet § 33 Abs. 1 GmbHG zwingend den Erwerb der entsprechenden eigenen Geschäftsanteile. Dieses Verbot bezweckt vorderrangig die Sicherung der Aufbringung des Stammkapitals zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger, denn bei dem Erwerb der eigenen Geschäftsanteile, auf die die Stammeinlage nicht voll eingezahlt ist, würde durch Vereinigung von Forderung und Schuld

---

1) s.o. Fn. 3 S. 73

2) vgl. Clausen in Kölner Kommentar § 151, Anm. 30

3) vgl. Ballerstedt, ZHR 135, 395

4) s.o. Fn. 2 S. 8

(Konfusion)<sup>1)</sup> die Einlageforderung der GmbH bezüglich der Restbeträge auf die Stammeinlage untergehen, da die Gesellschaft sich nicht selbst die Stammeinlage schulden kann.<sup>2)</sup> Die Gesellschaft verliert damit das Recht, die noch offenstehenden Beträge vom veräußernden Gesellschafter zu verlangen.<sup>3)</sup> Da der Erwerb aber aus Mitteln der bereits eingezahlten Stammeinlagenteilebeträge bezahlt werden könnte, gehört das Verbot des § 33 Abs. 1 GmbHG systematisch auch zu den Grundsätzen der Kapitalerhaltung.<sup>4)</sup>

Voraussetzung des § 33 Abs. 1 GmbHG ist die nicht voll einbezahlte Stammeinlage, d.h. solange noch irgendein Teil der Geld- oder Sacheinlage ob zu einem geringeren oder größeren Betrag rückständig ist, darf die GmbH den sich daraus bestimmenden Geschäftsanteil nicht erwerben. Zinsen, Aufgeld oder sonstige Nebenleistungen bleiben hierbei außer Betracht.<sup>5)</sup>

War dagegen die Stammeinlage einmal bereits vollständig einbezahlt und wurde sie verbotswidrig nach § 30 GmbHG zurückgezahlt, kommt § 33 Abs. 1 GmbHG nicht zur Anwendung.<sup>6)</sup> Ebenso dann nicht, wenn die GmbH aus verfügbarem Gewinn oder aus Reserven<sup>7)</sup> zunächst die rückständigen Zahlungen leistet und darauf den Geschäftsanteil erwirbt.<sup>8)</sup> Ob der Erwerb durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, etwa durch Kaufvertrag oder Schenkung oder durch Verfügung von Todes wegen (Erbeinsetzung der Gesellschaft durch den Erblasser-Gesellschafter) erfolgt, ist für § 33 Abs. 1 GmbHG unerheblich. Es ist auch gleichgültig, ob der Erwerb für eigene oder als Einkaufskommissionär für fremde Rechnung erfolgt, ob er für die GmbH vorteilhaft ist oder nicht, ob er gegen oder ohne Entgelt geschehen soll.<sup>9)</sup>

- 
- 1) allg. zur Konfusion vgl. Palandt-Heinrichs Überblick vor § 362, Anm. 1; Enn.-Lehmann S. 303: "Vereinigen sich Forderung und Verbindlichkeit in einer Person, so erlischt das Schuldverhältnis, weil niemand sein eigener Schuldner sein kann."
- 2) vgl. Scholz § 33, Anm. 1; Sch.-Fischer § 33, Anm. 3;
- 3) vgl. Baumbach-Hueck § 16, Anm. 4 A
- 4) vgl. Butz S. 105; Sch.-Fischer § 33, Anm. 3
- 5) vgl. Feine S. 414; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 2 B; Vogel § 33, Anm. 3; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 4; Scholz § 33, Anm. 3
- 6) vgl. Scholz § 30, Anm. 4, § 33, Anm. 3
- 7) ohne gegen § 30 Abs. 1 und § 33 Abs. 2 GmbHG zu verstoßen
- 8) vgl. RGZ 93, 326 ff (329) Urt. v. 27.9.1918; Buchwald, GmbHRdsch 1958, 170
- 9) vgl. Winkler, GmbHRdsch 1972, 74; Baumbach-Hueck § 33, Anm. 2 A; Sch.-Fischer § 33, Anm. 3

2. Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen § 33 Abs. 1 GmbHG

a) Nichtigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft

Ein Verstoß gegen das Verbot des § 33 Abs. 1 GmbHG hat nach § 134 BGB die unheilbare Nichtigkeit des Grund- und Erfüllungsgeschäfts zur Folge, die nicht durch nachträgliche Vollenziehung der Stammeinlage geheilt werden kann.<sup>1)</sup> Entscheidend ist die objektive Rechtslage; die irrige Annahme, die Stammeinlage sei voll einbezahlt, ist unbeachtlich; der gute Glaube wird insoweit nicht geschützt.<sup>2)</sup> Somit bleibt beim nichtigen Erwerb der Geschäftsanteil im Vermögen des Veräußerers und auch eine Weiterveräußerung des nicht erworbenen Geschäftsanteils durch die Gesellschaft an einen Dritten ist unwirksam.<sup>3)</sup>

b) Rückforderungsanspruch nach Bereicherungsrecht bzw. nach § 31 Abs. 1 GmbHG

Hat die Gesellschaft für diesen nichtigen Erwerb eine Gegenleistung erbracht, so soll ihr nach der weitaus überwiegenden Meinung in der Literatur<sup>4)</sup> ohne weitere Differenzierung, aus welchem Vermögensteil der Gesellschaft die Gegenleistung erbracht wurde, ausschließlich ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß den §§ 812 ff BGB zustehen. Dieser Bereicherungsanspruch hat naturgemäß seine Schranke in § 818 Abs. 3 BGB, wonach er nicht mehr zu realisieren ist, wenn die Bereicherung beim veräußernden Gesellschafter weggefallen ist und auch kein Surrogat erlangt werden kann. Daher unterscheidet Lutter<sup>5)</sup>, ob die Leistung der Gesellschaft aus dem nach § 30 Abs. 1 GmbHG gebundenen Vermögen erfolgt oder nicht. Für den letzteren Fall gelten auch nach Lutter nur die Regeln der §§ 812 ff BGB mit der Möglichkeit des § 818 Abs. 3 BGB, ersterenfalls meint Lutter aber, der Rückgewähranspruch müsse sich

- 
- 1) allgemeine Ansicht: Würdinger in Kapitalgesellschaften S. 247; Feine S. 414; Liebmann-Saenger § 33, Anm. 1; Brodmann § 33, Anm. 1 b; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 5 und 6; Scholz § 33, Anm. 4; Baumbach-Hueck § 33, Anm. 2 C; Hösel, DNotZ 1958, 5; Winkler, GmbHRdsch 1972, 76; RGZ 71, 399 ff (403) Urt. v. 18.9.1909; BGH, JZ 1955, 279/280 Urt. v. 9.12.1954
- 2) vgl. Brodmann a.a.O.; Liebmann-Saenger a.a.O.; Unger S. 21
- 3) vgl. Brodmann a.a.O.; Winkler, GmbHRdsch 1972, 76
- 4) vgl. u.a. Baumbach-Hueck § 33, Anm. 2 C; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 7; Scholz § 33, Anm. 5; Vogel § 33, Anm. 4
- 5) in Kapital, S. 447-449

nur nach § 31 Abs. 1 GmbHG richten.<sup>1)</sup>

Bei der an sich konsequenten Folgerung Lutters sind zwei Probleme fraglich:<sup>2)</sup> Handelt es sich bei dem Erwerb von Geschäftsanteilen um ein Rechtsgeschäft der GmbH mit einem Gesellschafter und nicht mit einem Gesellschafter als Drittem? Besitzt der veräußernde Gesellschafter überhaupt noch die Gesellschaftereigenschaft, da er immerhin seine Mitgliedschaftsrechte abtritt? Verneint man beide Fragen<sup>3)</sup>, ist für die Anwendung des § 31 GmbHG, als Rechtsfolge bei Verstößen gegen § 30 GmbHG, keine Möglichkeit gegeben.

Da der Gesellschafter der GmbH gegenüber seine Mitgliedschaftsrechte erst nach erfolgter Abtretung und Anzeige verliert<sup>4)</sup>, ist er zum Zeitpunkt der Abtretung noch Gesellschafter; da es ferner für die Gesellschafterstellung auf den Abschluß des Rechtsgeschäftes und nicht auf den Zeitpunkt des Erhalts der Leistung der GmbH ankommt<sup>5)</sup>, liegt diese Voraussetzung des § 30 Abs. 1 GmbHG auch bei dem entgeltlichen Erwerb nicht voll bezahlter Geschäftsanteile durch die Gesellschaft vor. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die Zahlung für den entgegen dem Verbot des § 33 Abs. 1 GmbHG erworbenen Geschäftsanteil eine unter § 30 Abs. 1 GmbHG fallende gesellschaftliche Leistung ist oder nicht.<sup>6)</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, daß dieser Rechtsvorgang - wäre er zulässig - den Gesellschafter aus seiner Verpflichtung, die restliche Einlage aufzubringen, sogar gegen Bezahlung durch die GmbH entläßt. Es geht demnach ausschließlich um rechtliche Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter als Mitglied der Körperschaft und nicht um Verträge mit dem Gesellschafter als "Geschäftspartner" (z.B. Käufer, Vermieter, Darlehensgeber) im Wirtschaftsleben der GmbH.

---

1) vgl. Lutter a.a.O., ihm folgend Butz S. 105 ff

2) vgl. dazu oben § 3 I. 2. f) S. 41 f

3) so offenbar Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 7 und 11

4) s.o. § 4 III. 1. und Fn. 4 S. 68

5) s.o. § 3 S. 41 f; vgl. weiter BGH, Urt. vom 24.3.1954 in JZ 1954, 635 f; Buchwald, GmbHRdsch 1958, 171

6) vgl. dazu die obigen Ausführungen auf S. 42

Daher ist es gerechtfertigt, auch diese Voraussetzung des § 30 Abs. 1 GmbHG zu bejahen. In der von Lutter aufgezeigten Differenzierung liegt somit ein gleichzeitiger Verstoß gegen die Verbote des § 30 Abs. 1 und § 33 Abs. 1 GmbHG vor. Bei einer derartigen Gesetzeskonkurrenz ist es aber zulässig, der Sanktionsmöglichkeit den Vorrang einzuräumen, die gegenüber den allgemeinen Bereicherungsgrundsätzen einen gesellschaftsrechtlichen Spezialcharakter besitzt und die zudem einen besseren Kapitalschutz gewährleistet, da bei § 31 Abs. 1 GmbHG die Einrede des § 818 Abs. 3 BGB entfällt.

c) Haftung der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 3 GmbHG

Wenn die Rückforderung der Gegenleistung vom veräußernden Gesellschafter nicht oder nur teilweise gelingt, so haften die Geschäftsführer in der verschärften Form des § 9 Abs. 2 GmbHG nach § 43 Abs. 3 GmbHG.<sup>1)</sup>

3. Regelung im RegE

Nach § 57 Abs. 1 RegE kann die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind, nicht erwerben. Gegenüber dem Gesetzeswortlaut des § 33 Abs. 1 GmbHG wurde das Verb "nicht dürfen" durch "nicht können" ersetzt. Ferner sieht der RegE in § 57 Abs. 1 eine Erweiterung des Erwerbsverbotes für die Inpfandnahme nicht voll eingezahlter, eigener Geschäftsanteile vor; desgleichen den Erwerb für Rechnung der Gesellschaft (§ 57 Abs. 5 RegE).

Die Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer wird durch § 75 Abs. 3 RegE bei Verstößen gegen § 57 Abs. 1 RegE beibehalten.

---

1) s.o. § 3 Fn. 1 auf S. 53

## VI. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile bei voll eingezahlten Stammeinlagen

### 1. Voraussetzungen und Zweck des § 33 Abs. 2 GmbHG

Nach § 33 Abs. 2 GmbHG soll die Gesellschaft auch eigene Geschäftsanteile, auf welche die Stammeinlage vollständig eingezahlt ist, nicht erwerben, sofern nicht der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann. Der Umkehrschluß lautet, daß die GmbH voll eingezahlte Anteile grundsätzlich ohne Einschränkung erwerben darf, sofern der Gegenwert nicht aus dem Stammkapital zu leisten ist.<sup>1)</sup> § 33 Abs. 2 GmbHG will somit verhindern, daß mit der Gegenleistung für den Erwerb das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen wird.<sup>2)</sup> Der Zweck der Vorschrift ist deshalb, die Erhaltung des Stammkapitals zu sichern. Diese Sicherung ist im Gegensatz zu §§ 33 Abs. 1, 30, 31 GmbHG nicht zwingend, sondern nur als Sollvorschrift geregelt ("...soll...nicht erwerben....").

Voraussetzung für den § 33 Abs. 2 GmbHG ist, daß der Kaufpreis ohne Einrechnung der Gegenleistung nicht aus dem über dem Stammkapital vorhandenen, überschüssigen Vermögen bezahlt werden kann.<sup>3)</sup> In den Einführungsbeispielen<sup>4)</sup> ist in Fall c) kein Verstoß gegen § 33 Abs. 2 GmbHG gegeben: DM 80.000 - DM 40.000 = DM 40.000; somit ist Vermögen in Höhe der Stammkapitalziffer vorhanden. Anders der Fall a): DM 40.000 - DM 20.000 = DM 20.000; die Gegenleistung stammt aus dem Vermögen, das zur Deckung des Stammkapitals erforderlich ist.

### 2. Rechtsfolge bei Verstoß

Nach einhelliger Meinung begründet ein Verstoß gegen § 33 Abs. 2 GmbHG keine Nichtigkeit weder des Verpflichtungs- noch des Erfüllungsgeschäftes; der Erwerb ist wirksam; die Geschäftsführer haften aber bei Verschulden in der verschärften Form nach §§ 43 Abs. 3, 9 Abs. 2 GmbHG.<sup>5)</sup> Es wird dabei anerkannt,

---

1) vgl. Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3 A

2) vgl. Buchwald, GmbHRdsch 1958, 170

3) so Winkler, GmbHRdsch 1972, 77 m.w.N.

4) s.o. § 4 I. S. 63

5) vgl. Scholz § 33, Anm. 6; Baumbach-Hueck § 33, Anm. 3 A; Vogel § 33, Anm. 6; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 9; RGZ 71, 403; Winkler a.a.O. S. 77; Feine S. 415; Unger S. 25; Lutter in Kapital S. 448

daß ein Verschulden der Geschäftsführer nicht vorliegt und der Erwerb erlaubt ist, wenn er "zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist."<sup>1)</sup> An die Prüfungspflicht werden hierbei strenge Anforderungen gestellt.

### 3. Das Verhältnis des § 33 Abs. 2 zu den §§ 30 Abs. 1, 31 GmbHG

Die h.M. sieht den § 33 Abs. 2 GmbHG gegenüber § 30 GmbHG als Sondervorschrift an:<sup>2)</sup> § 30 GmbHG könne aus zwei Gründen nie zur Anwendung kommen: Einmal erleide die Gesellschaft durch die Zahlung des Kaufpreises keine Einbuße, da sie als Gegenwert den Geschäftsanteil erhalte, zum anderen empfange der Veräußerer den Kaufpreis nicht als "Gesellschafter", sondern als "Dritter", als Verkäufer. Außerdem sei sonst die Sollvorschrift des § 33 Abs. 2 GmbHG überflüssig.<sup>3)</sup>

Diese Argumente können generell aber nicht gelten: Wenn nämlich im Beispielfall a)<sup>4)</sup> der tatsächliche Wert des Geschäftsanteiles nur DM 6.000 beträgt, der Kaufpreis aber DM 10.000 sein soll, so liegt gleichzeitig ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG<sup>5)</sup> vor, denn das Stammkapital würde dann auch bilanzmäßig aus dem Kauf der zwei Geschäftsanteile von C und D um DM 8.000 vermindert.

Brodmann und die ältere Literatur<sup>6)</sup> lehnen auch in diesem Fall eine Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG mit dem Hinweis auf den Spezialcharakter des § 33 Abs. 2 GmbHG ab. Die andere Meinung wendet dagegen nunmehr die §§ 30, 31 GmbHG an und zwar ohne Unterschied, ob der zu hohe Kaufpreis ganz oder nur teilweise dem Stammkapital entnommen wird: Die Gesellschaft besitze ein

1) so ausdrücklich § 71 Abs. 1 AktG; vgl. ferner BGHSt Urt. v. 12.1.1956 in DB 1956, 709; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 11; Scholz § 33, Anm. 6; Vogel § 33, Anm. 6; Baumbach-Hueck § 33, Anm. 3 A

2) vgl. Scholz a.a.O.; Vogel a.a.O.; Baumbach-Hueck a.a.O.; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 10; Feine S. 415; Hösel, DNotZ 1958, 5; Lutter in Kapital S. 449 "lex specialis zur Grundnorm des § 30 Abs. 1 GmbHG"

RGZ 68, 309 ff (312 f) Urt. v. 1.5.1908 grenzt ebenfalls die Rechtsschutzziele des § 33 gegenüber § 30 GmbHG ab

3) vgl. Scholz § 33, Anm. 6

4) s.o. S. 63

5) vgl. dazu oben die Ausführungen auf S. 80 f: die Voraussetzungen der Gesellschaftereigenschaft und der "gesellschaftlichen Leistung" sind auch bei voll eingezahlten Stammeinlagen zu bejahen

6) vgl. Brodmann § 33, Anm. 3; Liebmann-Saenger § 33, Anm. 2; Vogel § 33, Anm. 6

Leistungsverweigerungsrecht für das ganze Erwerbsgeschäft.<sup>1)</sup>  
Eine logische, konsequente Begründung vermag letztere Ansicht aber nicht zu vertreten. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum nun § 33 Abs. 2 GmbHG trotz seines angeblichen Spezialcharakters hinter § 30 Abs. 1 GmbHG zurücktreten soll und warum jetzt das Argument der Ablehnung des § 30 GmbHG - der veräußernde Gesellschafter erhalte den Kaufpreis nicht mehr als "Gesellschafter", sondern als Dritter - hinfällig sei.

Eine nähere Prüfung des Beispielfalles a) klärt aber das Verhältnis des § 33 Abs. 2 zu den §§ 30 Abs. 1, 31 GmbHG. Beide Vorschriften gehen zur Erreichung des Rechtsschutzzieles Erhaltung des Stammkapitals von verschiedenen Voraussetzungen aus. Während nämlich § 30 GmbHG eine Minderung des Stammkapitals nur im Ergebnis - bilanzmäßig - verbietet<sup>2)</sup>, also unter Berücksichtigung der gleichzeitig erworbenen Gegenleistung - hier dem Wert des Geschäftsanteils<sup>3)</sup>, verlangt § 33 Abs. 2 GmbHG die zusätzliche Voraussetzung, daß ohne Berücksichtigung des erhaltenen Gegenwertes die Subtraktion zwischen Gesellschaftsvermögen minus Kaufpreis des Geschäftsanteils eine Summe ergeben muß, die mindestens der Stammkapitalziffer entspricht. § 33 Abs. 2 GmbHG verdrängt somit § 30 GmbHG nicht, sondern ist in Form einer Sollvorschrift eine weitere Bestimmung zur Sicherung des Stammkapitals.

Der Beschluß der Gesellschafterversammlung in Fall a) verstößt somit nicht gegen § 30 Abs. 1 GmbHG, wenn der Wert des Geschäftsanteils DM 10.000 gleichkommt, er verletzt aber den § 33 Abs. 2 GmbHG, nach dem zur Zahlung des Kaufpreises die DM 40.000 des Stammkapitals nicht angegriffen werden sollen. Bei einem angenommenen Realwert von DM 6.000 ist die Lösung: Bezüglich der DM 8.000 bilanzmäßige Kapitalminderung gilt § 30 Abs. 1 GmbHG; sie dürfen nicht bezahlt werden bzw. sind nach § 31 GmbHG zurückzugewähren. Unabhängig davon müssen wegen der DM 12.000, die nicht aus überschüssigen Vermögen der GmbH bezahlt wurden, die Gesellschafter/Geschäftsführer A und B nach den §§ 43 Abs. 3, 33 Abs. 2 GmbHG Schadenersatz leisten.<sup>4)</sup>

---

1) so Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 10; Baumbach-Hueck § 33, Anm. 3 A; Feine S. 415;

2) s.o. § 3 I.

3) vgl. Winkler, GmbHRdsch 1972, 77

4) im Ergebnis auch Buchwald, GmbHRdsch 1958, 171 ff;  
Winkler, GmbHRdsch 1972, 77

#### 4. Zulässigkeit einer Keinmann-GmbH ?

Weitere Zulässigkeitsbeschränkungen als die des § 33 Abs. 1 und 2 GmbHG kennt das geltende Gesetz nicht. Neben den Erschwerungsmöglichkeiten durch den Gesellschaftsvertrag muß man aber eine Grenze bei der Zahl der von einer GmbH zu erwerbenden eigenen Anteile ziehen. Es wird daher überwiegend anerkannt, daß die Gesellschaft nicht alle Anteile erwerben darf und der Erwerb des letzten Geschäftsanteiles nichtig sein muß.<sup>1)</sup> Es ist dann nämlich keine Willensbildung mehr möglich, da das Stimmrecht aus allen Anteilen ruht; es bliebe nur noch ein verselbständigtes, gebundenes Zweckvermögen ähnlich einer rechtsfähigen Stiftung, das dem Wesen der GmbH - als einer Kapitalkörperschaft mit einer Beteiligung von natürlichen Personen - widerspricht.

#### 5. Lösung im RegE

§ 57 Abs. 2 RegE unterscheidet sich gegenüber § 33 Abs. 2 GmbHG schon durch seinen Rechtscharakter. Es handelt sich nicht mehr um eine Sollvorschrift. Vielmehr läßt der RegE den Erwerb eigener, voll eingezahlter Anteile nur dann zu ("...darf sie nur erwerben..."), sofern der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann, aus dem Vermögen also, das nicht zur Deckung des Stammkapitals benötigt wird. § 57 Abs. 2 RegE erweitert darüber hinaus den Schutz des Stammkapitals durch das Verbot der Inpfandnahme voll eingezahlter, eigener Anteile unter gewissen Voraussetzungen: Geschäftsanteile dürfen als Pfand nur dann genommen werden, wenn die gesicherte Forderung in voller Höhe zur Deckung des Stammkapitals nicht benötigt wird. Gleiches gilt

---

1) so Buchwald, GmbHRdsch 1958, 171; Winkler, GmbHRdsch 1972, 77; Hösel, DNotZ 1958, 7; Feine S. 424; Baumbach-Hueck § 33 Anm. 3 A; Brodmann § 33, A 2 g; a.A.: Unger S. 64 ff; Scholz § 15, Anm. 64; Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 21 halten den Erwerb aller Anteile durch die GmbH selbst für eine vorübergehende Zeit möglich, bejahen aber eine spätere Auflösung; sie folgern dies aus den §§ 21 und 27 GmbHG, wonach der GmbH jeweils kraft Gesetzes der letzte Anteil zufallen kann und erst anschließend zur Auflösung führt. Zu Recht meint Winkler a.a.O. S. 78 dagegen, daß daraus nicht notwendig die Zulässigkeit eines rechtsgeschäftlichen Erwerbes des letzten Anteiles gefolgert werden kann.

für den Betrag der durch Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile gesicherten Forderungen, der durch den niedrigeren Wert der Geschäftsanteile nicht gesichert ist.

Die wichtige neue Regelung ist § 57 Abs. 4 RegE, wonach ein Verstoß gegen § 57 Abs. 2 RegE den Erwerb oder die Inpfandnahme der Geschäftsanteile zwar nicht unwirksam macht, wonach aber das schuldrechtliche Geschäft über einen verbotswidrigen Erwerb oder eine verbotswidrige Inpfandnahme nichtig ist. Als zusätzliche Sanktion beläßt es der RegE bei der Schadenersatzpflicht der Geschäftsführer nach § 75 Abs. 3 Ziff. 2 RegE in der nach geltendem Recht verschärften Form.

## VII. Kritik

Die gesamte Regelung des Erwerbes eigener Geschäftsanteile nach dem RegE findet in den wenigen Stimmen, die sich dazu geäußert haben, im wesentlichen Zustimmung.<sup>1)</sup> Auch der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme keine Änderungen angeregt.<sup>2)</sup>

### 1. Zu § 57 Abs. 1 RegE

#### a) Zur Nichtigkeitsfolge

Die strenge Rechtsfolge beim Erwerb nicht voll eingezahlter, eigener Anteile - Nichtigkeit des Kausal- und Erfüllungsgeschäftes - ist für den Kapitalschutz in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht zu § 33 Abs. 1 GmbHG<sup>3)</sup> dringend erforderlich, um zu verhindern, daß die Resteinlageforderungen nicht durch Konfusion untergehen.<sup>4)</sup> Durch diese Entscheidung ist auch die Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter nicht unzulässig eingeschränkt, denn wegen der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen muß dafür ausreichend gesorgt werden, daß zumindest der Grundstock dieses Vermögens - das Stammkapital - zum Schutz der Gläubiger wenigstens einmal auf-

---

1) vgl. Lutter in Probleme S. 79/80; Teichmann, JZ 1970, 134; Westermann S. 21/22; Ballerstedt, ZHR 135, 394/395 zum RefE; zum insoweit unveränderten RegE: Kreutz, AG 1973, 147/148; Winkler, GmbHRdsch 1972, 75/76, 78

2) vgl. BT-Drucksache 7/253 Anlage 2

3) s.o. Fn. 1 S. 79

4) s.o. S. 77 f

gebracht ist.<sup>1)</sup> Insoweit muß die Privatautonomie der Gesellschafter zurücktreten. Man könnte allenfalls darüber streiten, wo die Grenze der strengen Rechtsfolge zu ziehen ist. Wenn z.B. ein Gesellschafter von einer Stammeinlage in Höhe von DM 5.000 bereits DM 4.900 einbezahlt hat, ist der wirtschaftliche Rechnungsposten von DM 100 gering gegenüber der Rückgewährspflicht von DM 4.900. Im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit, auch für die Gesellschafter, ist die bisherige Regelung, die der Entwurf übernimmt, aber die beste, da sie alle Zweifel bei einem Zahlenvergleich zwischen übernommener und geleisteter Zahlung ausschließt.

b) Zum Verbot der Inpfandnahme

Auch der Erweiterung in § 57 Abs. 1 RegE, dem Verbot der Inpfandnahme eigener, nicht voll eingezahlter Anteile durch die GmbH, wird mit der kurzen Begründung zugestimmt, sie berge ähnliche Gefahren wie der Erwerb eigener Anteile in sich.<sup>2)</sup> Nach geltendem Recht war eine Inpfandnahme zulässig<sup>3)</sup>, allerdings mit der Einschränkung des § 134 BGB, wenn dadurch eine unzulässige Umgehung des § 33 Abs. 1 GmbHG bezweckt werde.<sup>4)</sup> Diese subjektive Umgehungsabsicht muß aber erst bewiesen werden. § 57 Abs. RegE hat den Vorteil, daß diese Beweisschwierigkeiten entfallen, da allein auf die objektiv prüfbare Voraussetzung der Volleinzahlung einer Stammeinlage abgestellt wird.

Nach einhelliger Meinung erwirbt der Pfandgläubiger durch Pfändung eines Geschäftsanteiles keine Mitgliedschaftsrechte.<sup>5)</sup> Das bedeutet, der Pfandgläubiger hat kein Stimmrecht, auch die übrigen Verwaltungs- und Gestaltungsrechte stehen weiter dem

---

1) s.o. § 2

2) vgl. Kreutz, AG 1973, 147 unten; Teichmann, JZ 1970, 134; Winkler, GmbHRdsch 1972, 75; RegE: BT-Drucksache 7/253 S. 115

3) vgl. Scholz § 33, Anm. 2

4) vgl. Winkler a.a.O.

5) vgl. RGZ 139, 224 ff (228) Urt. v. 17.1.1933  
Müller, GmbHRdsch 1969, 7; Scholz § 15, Anm. 71; Vogel § 15, Anm. 11; Schilling in Hachenburg § 15, Anhang I Anm. 4; Baumbach-Hueck § 15, Anm. 6 A

Gesellschafter des gepfändeten Anteils zu.<sup>1)</sup> Ebensovienig werden die sich aus dem Geschäftsanteil ergebenden vermögensrechtlichen Leistungsansprüche - insbesondere der Anteil auf Gewinn - erfaßt. Anders nur bei Bestellung eines Nutzungspfandes nach §§ 1213, 1214 BGB. Dieses gewährt dem Pfandgläubiger die Befugnis, die vermögensrechtlichen Ansprüche einzuziehen.<sup>2)</sup> Mit anderen Worten: der Pfandgläubiger ist nur berechtigt, sich nach den einschlägigen Vorschriften der §§ 1204, 1228 ff, 1273 BGB zu befriedigen. Außerdem tritt der Ersteher bei Pfändung durch Zwangsvollstreckung in die auf dem Geschäftsanteil ruhenden Pflichten (auch rückständige Einlageverpflichtungen) ein.<sup>3)</sup> Die Gefahren, die die Begründung zum RegE bei der Inpfandnahme eigener Anteile, deren Einlagen nicht voll erbracht sind, sieht, müssen daher näher untersucht werden.

Überträgt man die Rechtsfolgen der Pfandrechtsbestellung auf die GmbH bezüglich eigener Anteile, so ist die Kapitalaufbringung und -erhaltung zunächst nicht gefährdet, da der Gesellschafter weiter zur Bezahlung der Resteinlage verpflichtet ist, denn die GmbH erwirbt nicht, Schuld und Forderung vereinigen sich nicht in einer Person. Aber die Befriedigung aus den gepfändeten eigenen Anteilen kann zu einer Gefährdung des Stammkapitals führen: Der Geschäftsanteil einer GmbH ist gerade bei schlechter Geschäftslage schwer veräußerlich; es ist daher sehr unsicher, ob er im Augenblick der Pfandreife einen Käufer findet.<sup>4)</sup> Weiterhin kann die volle Befriedigung der GmbH bei Versteigerungen ausgeschlossen sein, weil der Wert des inpfandgenommenen Geschäftsanteils aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung gesunken ist. Wenn überhaupt kein Ersteigerer auftritt, muß ihn die Gesellschaft eventuell selbst nach § 1239 BGB ersteigern, mit der Folge, daß dann die Resteinlageforderung untergeht. Auch die Tatsache, daß in der

---

1) vgl. Feine S. 406; Scholz § 33, Anm. 2

2) vgl. Brodmann § 15, Anm. 2 a; Vogel § 15, Anm. 11; Scholz § 15, Anm. 72; Schilling in Hachenburg § 15, Anhang I Anm. 4; Baumbach-Hueck § 15, Anm. 6 B; Müller a.a.O. S. 57

3) vgl. Feine S. 408

4) vgl. Müller a.a.O. S. 59

Regel eine Inpfandnahme mit einer Kreditgewährung an einen Gesellschafter verbunden ist<sup>1)</sup>, kann bedenklich sein. Entscheidend für die Richtigkeit der Maßnahme des RegE ist aber, daß durch die Inpfandnahme durch die Gesellschaft tatsächlich das Erwerbsverbot umgangen werden kann.

Die Veräußerung der Geschäftsanteile von C und D<sup>2)</sup> an die Gesellschaft im Einführungsbeispiel b) ist unwirksam, da die Einlagen nicht voll eingezahlt sind; den Kaufpreis von DM 5.000 müssen sie an die GmbH zurückgewähren, und sie haften weiter für die Resteinlageschuld von DM 5.000. Ihr Ziel, aus der GmbH ohne Verlust auszuscheiden, ist vereitelt. Würden sie stattdessen der Gesellschaft ihre Anteile zur Sicherheit für die noch ausstehenden Stammeinlagen von jeweils DM 5.000 verpfänden, dann die Pfandreife herbeiführen, d.h. bei Fälligkeit die Restforderung nicht bezahlen ( § 1228, Abs. 2 BGB), stünde zu befürchten, daß die schlechte Geschäftslage keinen Ersteigerer bringt, mit der Folge, die GmbH könnte die Anteile selbst ersteigern bzw. sich nicht befriedigen.

C und D brauchten aber nicht einmal das Ergebnis einer Versteigerung und die vorhergehenden Formerfordernisse abzuwarten da sie nach Eintritt der Pfandreife mit der Gesellschaft nur zu vereinbaren brauchten, daß diese die Geschäftsanteile zur Befriedigung ihres Pfandrechts übertragen erhalten soll.<sup>3)</sup> Die GmbH würde auf diesem Weg entgegen § 33 Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 RegE eigene Anteile erwerben; C und D würden aus der Gesellschaft ausscheiden; für die Resteinlagen von je DM 5.000 fehlen Schuldner.

Das Verbot der Inpfandnahme nicht voll einbezahlter, eigener Geschäftsanteile mit der Nichtigkeitsfolge im schuldrechtlichen wie im dinglichen Teil der Pfandrechtsbestellung ist somit gerechtfertigt; der Lösung des § 57 Abs. 1 RegE ist zuzustimmen.

#### c) Zur Sicherungsübertragung und zum Nießbrauch

Der RegE erwähnt nicht ausdrücklich die Sicherungsübereignung von eigenen, nicht voll erbrachten Geschäftsanteilen an die

---

1) vgl. BT-Drucksache 7/ 253 S. 116

2) s.o. S. 61

3) argumentum e contrario aus § 1229 BGB

GmbH, doch ist diese in dem "Erwerbsverbot" des § 57 Abs. 1 RegE mit enthalten, da sie eine Übertragung aller Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsanteil ist.<sup>1)</sup> Der Sicherungserwerber wird vollberechtigter, aber auch vollverpflichteter Gesellschafter; die sicherungsnehmende GmbH würde somit an die Stelle des sicherungsgebenden Gesellschafters wie bei einem nicht durch eine Sicherungsabrede bedingten Erwerb treten, was ohne eine ausdrückliche Regelung gegen § 33 Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 RegE verstößt.

Die Zulässigkeit einer Nießbrauchbestellung an eigenen Anteilen, deren Einlage nicht voll erbracht ist, schließt der RegE dagegen nicht aus. Dies ist auch nicht erforderlich, da dadurch keine Gefährdung des Stammkapitals möglich ist, denn dem Nießbrauchberechtigten werden nicht die Verpflichtungen aus dem Geschäftsanteil übertragen.<sup>2)</sup> Ferner kann das eingeräumte Nutzungsrecht nicht zu einer dem Erwerb ähnlichen Verwertung führen.

## 2. Zu § 57 Abs. 2 und 4 RegE

### a) Redaktionelle Überarbeitung erforderlich

§ 57 Abs. 2 S. 2 RegE bedarf zunächst einer redaktionellen Überarbeitung, da die gewählte Formulierung nicht nur für einen Laien schwer verständlich ist. § 57 Abs. 2 RegE lautet:

"Eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen vollständig geleistet sind, darf sie (die GmbH) nur erwerben, sofern der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann. Als Pfand nehmen darf sie solche Geschäftsanteile nur, soweit der Gesamtbetrag der durch Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile gesicherten Forderungen oder, wenn der Wert der als Pfand genommenen Geschäftsanteile niedriger ist, dieser Betrag nicht höher ist als das über das Stammkapital hinaus vorhandene Vermögen."

Wie oben aufgezeigt<sup>3)</sup>, kann die Befriedigung aus einem Pfandrecht gemäß § 1229 BGB zu einem Erwerb eigener Anteile unter

---

1) vgl. Feine S. 398; Scholz § 15 Anm. 8; Vogel § 17 Anm. 8; Schilling in Hachenburg § 15, Anhang I Anm. 10 a

2) vgl. Schilling in Hachenburg § 15, Anhang I, Anm. 19; Feine S. 410

3) vgl. oben § 4 VII 1. b) S. 87 ff

Verrechnung mit der gesicherten Forderung führen. Entsprechend der Erwerbsbeschränkung - dort durch den Kaufpreis - wird das Stammkapital dann nicht berührt, wenn die gesicherte Forderung<sup>1)</sup> zu dem Vermögensteil gehört, der nicht zur Deckung des Stammkapitals benötigt wird.<sup>2)</sup> Entspricht der reale Wert des Geschäftsanteils nicht dem vollen Forderungsbetrag, zu dessen Sicherheit er verpfändet wird, darf auch dieser Differenzbetrag nicht zum kapitaldeckenden Vermögen zählen.<sup>3)4)</sup> Dieses Rechtsschutzziel des § 57 Abs. 2 S. 2 RegE - eine Umgehung des Erwerbsverbotes durch die Inpfandnahme nicht voll bezahlter Anteile zu verhindern -<sup>5)</sup> sollte man daher klarer formu-

1) Forderungsrechte sind in der Regel Aktiva; vgl. § 151, Abs. 1 Aktivseite I - V AktG;

2) Abänderung des Einführungsbeispiels Fall a zur Erläuterung

a) Realwert des Geschäftsanteils = Nennbetrag DM 10.000

|                             |                      |
|-----------------------------|----------------------|
| Aktiva                      | Passiva              |
| Forderung an Ges. C: 10.000 | Stammkapital: 40.000 |
| Forderung an Ges. D: 10.000 |                      |
| sonstige Aktiva : 20.000    |                      |

40.000

40.000

Obwohl die Einlagen auf die Geschäftsanteile durch C und D in voller Höhe eingezahlt sind, wäre eine Inpfandnahme dieser Anteile durch die GmbH unzulässig, da die zu sichernden Forderungen gegen C und D zur Deckung des Stammkapitals benötigt werden.

|                             |                      |
|-----------------------------|----------------------|
| b) Aktiva                   | Passiva              |
| Forderung an Ges. C: 10.000 | Stammkapital: 40.000 |
| Forderung an Ges. D: 10.000 | sonstige             |
| sonstige Aktiva : 30.000    | Passiva: 10.000      |

50.000

50.000

Hier wäre die Inpfandnahme eines Geschäftsanteils zulässig, da eine Forderung in Höhe von DM 10.000 nicht zur Kapitaldeckung benötigt wird.

3) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 116

4) zur Erläuterung: Einführungsbeispiel Fall a) mit der Abänderung: realer Wert des Geschäftsanteils = DM 5.000

|                             |                      |
|-----------------------------|----------------------|
| Aktiva                      | Passiva              |
| Forderung an Ges. C: 10.000 | Stammkapital: 40.000 |
| sonstige Aktiva : 35.000    | sonst. Pass.: 5.000  |

45.000

45.000

Die Forderung gegen C wird nur in Höhe von DM 5.000 zur Deckung des Stammkapitals benötigt. Gleichwohl ist eine Inpfandnahme des Anteiles C nicht zulässig, da eine Verrechnung mit dem Realwert einen Differenzbetrag von DM 5.000 ergibt, der, nach Aktivierung anstelle des Forderungsbetrages unter die Aktiva eingesetzt, gerade zur Kapitaldeckung ausreicht.

5) vgl. BT-Drucksache a.a.O.

lieren. Als Alternativfassung wird vorgeschlagen: (Satz 1 bleibt unverändert)

...Solche Geschäftsanteile darf sie nur als Pfand nehmen, wenn der Gesamtbetrag der dadurch gesicherten Forderungen zur Deckung des Stammkapitals nicht benötigt wird. Wenn der Wert des Geschäftsanteils niedriger ist als die gesicherte Forderung, gilt gleiches für den Differenzbetrag.

Lutter<sup>1)</sup> fordert ebenfalls eine redaktionelle Änderung des § 57 Abs. 2 RegE. Die Formulierung "...aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögens der GmbH" will er durch "...aus offenen freien Rücklagen, soweit sie nicht durch Gegenposten zum Eigenkapital neutralisiert sind" ersetzen; andernfalls könne der Gedanke aufkommen, der Erwerb dürfe zu Lasten der stillen Reserven oder des gebundenen Vermögens i.S.d. §§ 186 Abs. 3, 192 Abs. 4 RefE<sup>2)</sup> erfolgen. In diesen Vorschriften handelt es sich um Beträge, die bei besonderen Verfahrensarten<sup>3)</sup> als eingestellte Sonderrücklagen fünf Jahre festliegen und nur zu bestimmten Zwecken (z.B. Ausgleich eines Jahresfehlbetrages oder eines Verlustvortrages) verwendet werden dürfen; die stillen Reserven<sup>4)</sup> sind deshalb problematisch, weil sie in der Bilanz nur indirekt oder gar nicht zu erkennen sind.

Lutter bezieht seinen Formulierungsvorschlag auf § 208 Abs. 2 AktG, § 2 Abs. 2 Ziff. 1 KapErhG; dennoch sollte ihm nicht gefolgt werden. Gerade weil diese Vermögensteile durch besondere Vorschriften in ihrer Verwendungsart ausdrücklich festgelegt sind, ist die Gefahr doch sehr gering einzuschätzen, daß sie dann zum Erwerb eigener Geschäftsanteile benutzt werden.

---

1) in Probleme S. 83

2) diese Vorschriften wurden im RegE in §§ 182 Abs. 3, 188 Abs. 4 wörtlich übernommen

3) und zwar: vereinfachte Kapitalherabsetzung nach §§ 181 ff RegE, die das geltende Recht nicht kennt (vgl. aber oben § 2 Fn. 2 S. 7)  
Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Geschäftsanteilen nach §§ 188, 189 RegE

4) zu diesem umstrittenen Problemkreis vgl. Schilling in Hachenburg § 42, Anm. 12 ff

b) Der zwingende Charakter des § 57 Abs. 2 RegE

Zu begrüßen ist die Änderung des Rechtscharakters der Sollvorschrift des § 33 Abs. 2 GmbHG in ein zwingendes Verbot. Damit wird - wie die amtliche Begründung zu Recht ausführt<sup>1)</sup> - für die Geschäftsführer klargestellt, "daß sie nur und immer pflichtwidrig handeln und sich Schadensersatzansprüchen aussetzen, wenn sie die dem Erwerb gesteckten Grenzen überschreiten." Ferner ist die Verschuldensfrage der Geschäftsführer in § 43 Abs. 3 GmbHG, § 75 Abs. 3 Ziff. 2 RegE leichter zu prüfen, da die Voraussetzungen eines zulässigen Erwerbs eigener GmbH-Anteile an Hand der Bilanz einfach festzustellen sind und keine Wertung mehr vorgenommen werden muß, ob der Erwerb z.B. zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist.<sup>2)</sup>

Darüber hinaus wird zum Zweck der Erhaltung des Stammkapitals eine Rechtsunsicherheit ausgeräumt, die jeder Sollvorschrift in gewissem Maße innewohnt. Schließlich dient die Änderung des Rechtscharakters auch zur Klärung des Verhältnisses des § 33 Abs. 2 GmbHG (§ 57 Abs. 2 RegE) zu den §§ 30, 31 GmbHG (§§ 46, 47 RegE). Beide Vorschriften gelten nunmehr zum Schutz des Stammkapitals zwingend nebeneinander.<sup>3)</sup>

c) Keine aktienrechtliche Regelung

Inhaltlich hält der RegE an dem vom Aktienrecht abweichenden System des geltenden Rechts fest. § 71 AktG verbietet den Erwerb eigener Aktien grundsätzlich und läßt ihn nur zu ganz bestimmten Zwecken und in gewissen Fällen auch nur bis zu höchstens 10 v.H. des Grundkapitals zu.<sup>4)</sup> Das Verbot des Erwerbes eigener GmbH-Anteile beschränkt sich dagegen auf die Fälle, in denen das Stammkapital gefährdet ist.

Diesem unterschiedlichen Ansatzpunkt ist zuzustimmen. Rechtsschutzziel des § 71 AktG ist nämlich, eine verbotene Rückge-

---

1) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 115

2) s.o. § 4 VI. 2. S. 82/83

3) s.o. § 4 VI. 3. S. 83 f

4) vgl. die ausschließlichen Bestimmungen des § 71 Abs. 1 AktG (§ 65 Abs. 1 AktG a.F.)

währ der Einlage (§ 57 AktG) zu verhindern.<sup>1)</sup> § 57 AktG ist dabei erheblich schärfer als § 30 GmbHG.<sup>2)</sup> Die unterschiedliche Regelung des Erwerbes eigener Aktien bzw. eigener Anteile ist somit durch die abweichenden Rückgewährsvorschriften, die zur Erhaltung des Grund- bzw. Stammkapitals dienen, gerechtfertigt. Wenn man die Rechtssystematik des § 30 GmbHG beibehält, muß man konsequenterweise auch den Erwerb eigener Anteile anders als das Aktienrecht regeln. Ein weiteres Argument: die Möglichkeiten der Kursbeeinflussung durch Massenaufkauf oder -abstoßen eigener Anteile oder des Spekulationsgewinnes, die für die Aktiengesellschaft einen Hauptanreiz zum Erwerb eigener Aktien bilden können, spielen für die GmbH keine grose Rolle.<sup>3)</sup>

#### d) Nichtigkeit des Kausalgeschäftes

Für die Erhaltung des Stammkapitals bringt § 57 Abs. 4 RegE eine wesentliche Verbesserung, da neben dem Geschäftsführer auf Schadenersatz auch der veräußernde Gesellschafter aufgrund der Nichtigkeit des Kausalgeschäftes zumindest nach Bereicherungsrecht haftet. Dieser Bereicherungsanspruch gegen den ehemaligen Anteilsinhaber ist trotz § 818 Abs. 3 BGB für die GmbH ein Vorteil, da er neben der Schadenersatzforderung gegen den Geschäftsführer zusätzlich geltend gemacht werden kann und somit die wirtschaftliche Realisierungschance erhöht.<sup>4)</sup>

Lutter<sup>5)</sup> meint, daß die Rückgewährspflicht des Gesellschafters nach den Regeln des BGB (Bereicherungsrecht) nicht ausreichen würde. Es müßten die Sonderregeln über die Rückeinlage gelten.<sup>5)</sup>

---

1) so die einhellige Meinung: Godin-Wilhelmi § 71, Anm. 2; Lutter in Kölner Kommentar § 71, Anm. 3; zu § 65 AktG a.F.: RGZ 167, 40 ff (46) Urt. v. 21.4.1941; Fischer R. in Großkomm. AktG (2. Auflage) § 52, Anm. 14; Schlegelberger-Quassowski § 52, Anm. 5, § 65, Anm. 1

2) s.o. § 3

3) vgl. Feine S. 413

4) vgl. Teichmann, JZ 1970, 134; Westermann S. 22

5) in Probleme S. 79/80

6) Lutter a.a.O. bezieht sich dabei auf den § 45 Abs. 1 und 4 RefE, dem jetzt § 47 Abs. 1 und 4 RegE entspricht

Dieser Ansicht kann generell nicht gefolgt werden, da sie nur die Abgrenzung zwischen § 46 und § 57 RegE (§ 30 und § 33 GmbHG) erschwert. Wenn im Einführungsbeispiel a) der Geschäftsanteil real mit DM 10.000 bewertet werden kann, ist nur ein Verstoß gegen § 57 Abs. 2 RegE gegeben, da bilanzmäßig durch den Erhalt des Geschäftsanteilswertes das Stammkapital nicht angegriffen wird; § 46 RegE wird nicht berührt. Schon deswegen sollte man nicht die Rechtsfolgen aus einem Verstoß gegen § 46 RegE bemühen.<sup>1)</sup> Auch der Schutz des Stammkapitals rechtfertigt nicht die Rückeinlagepflicht nach § 47 Abs. 1 und 4 RegE, die Lösung nach § 57 Abs. 4 RegE ist ausreichend: Die Abtretung der Anteile von C und D<sup>2)</sup> an die GmbH ist dinglich wirksam, schuldrechtlich nichtig, d.h. die GmbH hat eigene Anteile erworben, die sie weiterveräußern kann und besitzt zudem einen Bereicherungsanspruch in Höhe von jeweils DM 10.000 gegen C und D; weiterhin haften die Gesellschafter/Geschäftsführer A und B gemäß § 75 Abs. 3 Ziff. 2 RegE auf eventuellen Schadensersatz. Die ehemaligen Gesellschafter C und D können ihre Gesellschafterstellung erst dann wiedererlangen, wenn sie gegen Zahlung von DM 10.000 die Anteile rückerwerben. Dem RegE ist auch insoweit zuzustimmen, als er es bei einem Verstoß gegen § 57 Abs. 2 nur bei der Nichtigkeit des Kausalgeschäftes beläßt. Ein Dritter nämlich, der einen GmbH-Anteil von der Gesellschaft erwirbt, kann kaum übersehen, ob der Vorerwerb gegen § 57 Abs. 2 RegE verstoßen hat, da dies eine genaue Kenntnis der Geschäftslage zum Abtretungszeitpunkt voraussetzt.<sup>3)</sup> Wenn auch die dingliche Wirkung des Vorerwerbes nichtig wäre, würde in diesen Fällen der Rechtsverkehr mit dem Risiko der Kenntnis der Geschäftsinterna belastet. Diese Rechtsunsicherheit wird durch § 57 Abs. 4 RegE klar und zutreffend ausgeschlossen.<sup>4)</sup>

---

1) anders nur, wenn ein gleichzeitiger Verstoß bei niedrigem Realwert des Geschäftsanteils vorliegt.  
s.o. § 4. VI. 3. S. 83 f

2) siehe Beispielfall a) § 4 S. 63

3) bei § 57 Abs. 1 RegE verhält es sich anders; hier muß der Dritte nur nachprüfen, ob die Einlage auf den Geschäftsanteil voll einbezahlt ist.

4) so auch Kreutz, AG 1973, 148; Lutter in Probleme S. 79

e) Mangelnder Schutz im Innenverhältnis ?

Der RegE bringt beim Erwerb eigener Anteile für die Kapitalerhaltung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger, also im Außenverhältnis, eine Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht. Im Innenverhältnis steht es den Gesellschaftern zudem frei, ob sie den Erwerb eigener Anteile nach dem Gesellschaftsvertrag zulassen wollen oder nicht.<sup>1)</sup> Sie können ferner die Voraussetzungen satzungsmäßig erschweren, eine Erleichterung des Erwerbs ist dagegen nicht zulässig. Hier greifen die unveränderlichen Bestimmungen des § 57 Abs. 1, 2 und 4 RegE, die zur Kapitalerhaltung erforderlich sind, ein; eine unzulässige Einschränkung der Privatautonomie der Gesellschafter in bezug auf Geschäftsplanung, Investitionen, Finanzierung usw. ist dadurch nicht gegeben.

Lutter<sup>2)</sup> rügt, daß der RefE<sup>3)</sup> den Erwerb eigener Geschäftsanteile im Innenverhältnis zu wenig absichere; dieser sei nicht nur eine Maßnahme der Geschäftsführung, sondern ein gravierender Eingriff in das interne Gesellschaftsgefüge mit Auswirkungen auf die Mehrheitsverhältnisse und mit der (bevorzugten) Entlassung eines Gesellschafters aus dem gesellschaftlichen Risiko. Es müsse daher gesetzlich geregelt werden, daß die Gesellschafterversammlung nur mit drei Viertel Mehrheit des Kapitals ohne Stimmrecht des veräußerungswilligen Gesellschafters den Erwerb beschließen könne. Ein Verstoß dagegen solle zur Nichtigkeit des kausalen Rechtsgeschäfts führen.

Diese Forderung Lutters ist zu weitgehend. Es wird nicht verkannt, daß durch den Erwerb eigener Anteile die Gesellschaftsstruktur verändert wird. Ferner hat schon Feine<sup>4)</sup> darauf hingewiesen, daß ein solcher Erwerb bei notleidenden Gesellschaften meist eine Begünstigung des ausscheidenden Gesellschafters unter Belastung der übrigen mit erhöhtem Risiko bedeutet und daß gerade bei günstiger Geschäftslage umgekehrt für den Ausscheidenden die Gefahr besteht, durch die Geschäftsführung benachteiligt zu werden, da diese die Gesamtlage besser übersehen kann. Andererseits darf aber auch nicht außer acht gelassen werden, daß für die Gesellschaft ein erhebliches Inter-

---

1) dies ergibt sich aus § 51 RegE

2) in Probleme S. 80

3) da der RegE in diesem Punkt keine Abweichung enthält, bezieht sich Lutters Kritik auch darauf.

4) vgl. Feine S. 413

esse am Erwerb eigener Anteile bestehen kann - z.B. um diese nicht in den Besitz eines mißliebigen Gesellschafters geraten zu lassen (Verhinderung durch Einräumung und Ausübung eines Vorkaufsrechts) oder um sie für bestimmte später aufzunehmende Mitglieder zu reservieren<sup>1)</sup> -, das durch eine gesetzlich festgelegte Mehrheitsbestimmung von drei Viertel ausgeschlossen sein könnte. Entscheidend ist schließlich, daß die gleichen Auswirkungen auf das Gesellschaftsgefüge durch einen Gesellschafteraustritt<sup>3)</sup> eintreten, ohne daß die anderen Gesellschafter darauf Einfluß nehmen können.

### 3. Zu § 57 Abs. 5 RegE

Nach geltendem Recht ist eine Umgehung der Erwerbsbeschränkung des § 33 Abs. 1 und 2 GmbHG dadurch möglich, daß ein anderer für Rechnung der Gesellschaft handelt, da es nur auf das Außenverhältnis ankommt.<sup>3)</sup> Nur die Verpflichtung im Innenverhältnis, den Geschäftsanteil auf die GmbH zu übertragen, verstößt gegen § 33 GmbHG, wenn die Umgehungsabsicht nachgewiesen werden kann. Um diese Schwierigkeiten auszuschalten, stellt § 57 Abs. 5 RegE entsprechend § 71 Abs. 5 AktG für die Aktiengesellschaft den Erwerb für Rechnung der GmbH mit dem Erwerb durch die Gesellschaft gleich. Auch diese Maßnahme verbessert zutreffend den Kapitalschutz.

### VIII. Zusammenfassung

Für eine GmbH kann der Erwerb eigener Geschäftsanteile aus verschiedenen Gründen erstrebenswert sein. Es ist daher gerechtfertigt, ihn weiterhin zuzulassen. Andererseits kann er die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals gefährden; daher sind Erwerbsbeschränkungen zur Abwendung dieser Gefahren im Gläubigerinteresse unter Zurücksetzung einer umfassenden Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter sachgerecht. Die Schwächen und Unklarheiten des geltenden Rechts werden durch die Vorschläge des RegE in wirkungsvoller Weise beseitigt. Abgesehen von einer redaktionellen Verbesserung kann der Lösung des RegE inhaltlich zugestimmt werden.

---

1) vgl. Feine S. 413

2) s.o. § 4 II. 4. S. 68 f

3) vgl. Winkler, GmbHRdsch 1972, 75



§ 5 Der Erwerb von Geschäftsanteilen an einer "herrschenden" GmbH

I. Der Erwerb von Aktien einer herrschenden AG

Nach § 71 Abs. 4 AktG darf ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen<sup>1)</sup> Aktien der an ihm mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft nur unter den stark eingeschränkten Voraussetzungen eines zulässigen Erwerbes eigener Anteile<sup>2)</sup> erwerben oder als Pfand nehmen. Dieselbe Einschränkung trifft ein abhängiges Unternehmen<sup>3)</sup> bezüglich der Aktien der herrschenden Gesellschaft. Diese Erwerbsbeschränkung wird gemäß § 71 Abs. 5 AktG auf Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft oder dem abhängigen bzw. in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen und einem Dritten ausgedehnt, wenn der Dritte für Rechnung der Gesellschaft deren Aktien erwerben oder in Pfand nehmen soll. Bei Verstößen ist die Rechtsfolge schuldrechtliche Nichtigkeit. Hierbei ist es grundsätzlich unbeachtlich, ob der Aktiennennbetrag voll bezahlt ist oder nicht.<sup>4)</sup>

Diese Gesetzesbestimmungen werden wie folgt begründet: Das Verbot, eigene Aktien zu erwerben, könne sonst leicht umgangen werden, indem die herrschende Gesellschaft einfach das abhängige Unternehmen dazu anweist.<sup>5)</sup> Lutter<sup>6)</sup> sieht den Zweck der Regelung ferner in der Vermeidung der Gefahren aus wechselseitigen Beteiligungen, die die gleichen negativen Auswirkungen auf die Aufbringung und Erhaltung des gebundenen Vermögens haben können wie der Erwerb eigener Aktien.<sup>7)</sup> Beide Begründungen müssen näher untersucht werden.

- 
- 1) vgl. § 16 AktG = die Mehrheit der Kapital- und Stimmrechtsanteile eines rechtlich selbständigen Unternehmens steht einem anderen Unternehmen zu.
  - 2) s.o. § 4 VII. 2. c) S. 93; eine zusätzliche Einschränkung: § 71 Abs. 1 Ziff. 6 AktG ist nicht anwendbar
  - 3) vgl. § 17 AktG = ein rechtlich selbständiges Unternehmen, auf das ein anderes (herrschendes) Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausüben kann.
  - 4) Ausnahme: § 71 Abs. 1 Ziff. 4 AktG
  - 5) so Schlegelberger-Quassowski § 65 Anm. 22; Fischer R. in Großkomm. AktG (2. Aufl.) § 65, Anm. 23; ebenso Barz in Großkomm. AktG (3. Aufl.) § 71, Anm. 33; Godin-Wilhelmi § 71 Anm. 18, 19
  - 6) in Kölner Komm. § 71 Anm. 63
  - 7) vgl. auch Lutter in Kapital S. 452 ff; Winter H. in Beteiligungen S. 39 ff; Zöllner S. 133 ff

# 1. Umgehung des Erwerbsverbotes eigener Aktien ?

Die Gefahren für die Kapitalerhaltung durch den Erwerb eigener Aktien wurde bereits aufgezeigt, nämlich u.a. die Schmälerung des Grundkapitals durch die Rückgewähr von Einlagen.<sup>1)</sup> Wenn man eine Umgehung des Erwerbsverbotes für eigene Aktien bejahen will, so müßte notwendigerweise der Erwerb durch ein abhängiges bzw. in Mehrheitsbesitz befindliches Unternehmen zu den gleichen mißbilligten Rechtsfolgen führen. Dazu folgendes Beispiel:<sup>2)</sup>

Die Aktiengesellschaften A und B verfügen über ein eingezahltes Grundkapital von jeweils DM 200.000 mit entsprechend hohem Aktivvermögen. Das Vermögen der A besteht ausschließlich aus den gesamten Aktien der B. Wenn B 50 % der Aktien der A zum Nennbetrag, der dem Kurswert entspricht, erwirbt, müssen A und B bilanzieren:

| <u>A</u>                     |                            | <u>B</u>                                                         |                            |
|------------------------------|----------------------------|------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| <u>Vor Erwerb</u>            |                            |                                                                  |                            |
| <u>Aktiva</u>                | <u>Passiva</u>             | <u>Aktiva</u>                                                    | <u>Passiva</u>             |
| Beteiligung<br>an B: 200.000 | Grundka-<br>pital: 200.000 | Anlage:<br>100.000<br><u>Bargeld:</u><br>100.000                 | Grundka-<br>pital: 200.000 |
| <u>Nach Erwerb</u>           |                            |                                                                  |                            |
| <u>Aktiva</u>                | <u>Passiva</u>             | <u>Aktiva</u>                                                    | <u>Passiva</u>             |
| Beteiligung<br>an B: 200.000 | Grundka-<br>pital: 200.000 | Anlage:<br>100.000<br><u>Beteiligung</u><br><u>an A: 100.000</u> | Grundka-<br>pital: 200.000 |
| <u>200.000</u>               | <u>200.000</u>             | <u>200.000</u>                                                   | <u>200.000</u>             |

Auf den ersten Blick scheint das Grundkapital von A bilanzmäßig nicht geschmälert zu sein; die Bilanzsummen bleiben konstant, es erfolgte bei B lediglich ein Aktivaustausch<sup>3)</sup>; in Wirklichkeit liegt aber eine mittelbare Selbstbeteiligung vor, die zu einer Vermögensminderung führt. Vor dem Aktienerwerb durch B entsprach die 100 %ige Beteiligung der A an B einem realen Vermögenswert (Anlage plus Bargeld) von DM 200.000. Nach dem Erwerb steht dem Grundkapital von DM 200.000 bei A aber nur noch ein Effektivvermögen von DM 100.000 auf der Aktivseite gegenüber. An die Stelle des Aktivpostens "Bargeld"

1) s.o. § 3 V. 3. S. 59 ff; § 4 VII. 2. c) S. 93

2) nach Winter H. in Beteiligungen S. 35 mit abgeänderten Zahlen

3) vgl. Saage, NB 1968, Heft 8 S. 14

tritt nämlich "Beteiligung an A". Für die A bedeutet das: Die Inhaberschaft sämtlicher Aktien der B beinhaltet einen Realwert am Anlagevermögen in der Höhe von DM 100.000 und in gleicher Höhe eine Beteiligung an sich selbst, die durch keinen weiteren echten Vermögenswert abgedeckt ist. Das Bargeld mußte B bezahlen, um die Aktien von den A-Aktionären zu erhalten.

Der Aktienerwerb durch B führt somit zu einer Vermögensminderung bei A um 50 v.H. Durch die Zahlung des Kurswertes hat B den A-Aktionären deren Einlagen zurückbezahlt. Die Aktionäre erhielten somit ihre Einlagen nicht unmittelbar durch "ihre" Gesellschaft zurück, so daß formell kein Verstoß gegen das Rückzahlungsverbot nach § 57 AktG gegeben ist; der entgeltliche Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch das abhängige Unternehmen stellt aber wirtschaftlich immer eine Einlagerückgewähr an die Aktionäre der ersteren dar;<sup>1)</sup> daher ist die Gleichstellung mit dem Erwerb eigener Aktien gerechtfertigt.<sup>2)3)</sup>

## 2. Das Sonderproblem der wechselseitigen Beteiligung

Eine wechselseitige Beteiligung zweier Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft liegt nach § 19 AktG dann vor, wenn jedem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Anteile des anderen Unternehmens gehört. Die Rechtsfolgen bestimmt § 328 AktG: Die Ausübung der Stimm- und Verwaltungsrechte ist auf den vierten Teil der Anteile des anderen Unternehmens beschränkt; außerdem bestehen besondere gegenseitige Mitteilungs- und Anzeigepflichten, ferner die Veröffentlichungspflicht nach § 160, Abs. 3. Über eine Erwerbsbeschränkung von Anteilen und Aktien

- 1) zu diesem nicht unbestrittenen, aber heute wohl anerkannten Problem vgl. Winter H. in Beteiligungen S. 35; Boesebeck, ZKredW 1956, 767 m.w.N.
- 2) zum besseren Verständnis wurde der Beispielfall mit einer 100 %igen Beteiligung gebildet; bei geringerer Beteiligung ist die wirtschaftliche Vermögensminderung prozentual entsprechend geringer
- 3) beruht die Abhängigkeit nicht auf einer wesentlichen Beteiligung, sondern z.B. aufgrund eines Beherrschungsvertrages, ist das Grundkapital nicht im oben dargestellten Sinn gefährdet. In diesen Fällen kann der Erwerb von Aktien des herrschenden durch das abhängige Unternehmen aber zu Kursmanipulationen und unerwünschten Machtverhältnissen führen; daher ist die Gleichbehandlung durch § 71 AktG aus konzernrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt; vgl. dazu Lutter in Kölner Komm. § 71 Anm. 64; Boesebeck, ZKredW 1956, 766; Winter H. in Beteiligungen S. 33

besagt § 328 AktG nichts. Insoweit bestimmen § 19 Abs. 2 und 3 AktG aber die Anwendung der Regeln über abhängige und herrschende Unternehmen, wenn einzeln oder gegenseitig Mehrheitsbeteiligungen bzw. mittelbare oder unmittelbare Einflußmöglichkeiten existieren. Daraus folgt: das Aktiengesetz beschränkt lediglich den Erwerb von Aktien der herrschenden AG<sup>1)</sup>; der umgekehrte Weg<sup>2)</sup> sowie wechselseitige Beteiligungen von je 49 % ohne "Herrschaftsverhältnisse" sind zulässig.<sup>3)</sup> Wie bei der einseitigen Beteiligung am herrschenden Unternehmen führt die Begründung einer wechselseitigen Beteiligung im Wege des Publikumserwerbes zu einer wirtschaftlichen Kapitalrückzahlung. Es wird nämlich ein Anteil am Vermögen einer anderen Gesellschaft mit der Besonderheit bilanziert, daß dieses Vermögen z.T. aus einem Anteil an dem eigenen Vermögen besteht, das wiederum z.T. das Vermögen der anderen Gesellschaft verbriefte.<sup>4)</sup>

1) vgl. Lutter in Kölner Kommentar § 71, Anm. 65

2) Wenn die herrschende Aktiengesellschaft Aktien oder Anteile des abhängigen Unternehmens entgeltlich erwirbt, so liegt kein "wirtschaftlicher Erwerb" eigener Aktien vor, das Vermögen des abhängigen Unternehmens wird nicht vermindert, es ist keine mittelbare Selbstbeteiligung gegeben.

Beispiel:

| <u>A</u>                     | <u>A/B</u>                 | <u>B</u>        |
|------------------------------|----------------------------|-----------------|
| <u>Vor Erwerb:</u>           |                            |                 |
| <u>Aktiva</u>                | <u>Passiva</u>             | <u>Aktiva</u>   |
| Beteiligung<br>an B: 120.000 | Grundka-<br>pital: 200.000 | Anlage: 120.000 |
| Bargeld:<br>80.000           |                            | Bargeld: 80.000 |
| <u>200.000</u>               | <u>200.000</u>             | <u>200.000</u>  |
| <u>Nach Erwerb:</u>          |                            |                 |
| Beteiligung<br>an B: 200.000 | Grundka-<br>pital: 200.000 | Anlage: 120.000 |
| <u>200.000</u>               | <u>200.000</u>             | <u>200.000</u>  |

A erwirbt somit wie ein Dritter von den B-Aktionären weiteren Aktienbesitz an B, ohne daß eine Vermögensminderung der Aktiva bei B eintritt und diese mittelbar oder unmittelbar Einlagen an ihre Aktionäre zurückgewährt.

3) vgl. hierzu RGZ 149, 305 ff Urt. v. 19.11.1935, sog. "Iduna-Fall" mit wechselseitigen Beteiligungen von über 90 %.

4) vgl. Saage, NB 1968, Heft 8 S. 14/15

Beispiel: Das Aktivvermögen von A und B besteht jeweils aus Anlagewerten von DM 120.000 und Bargeld von DM 80.000. Nach gegenseitigem Erwerb von 40 % ergeben sich die Bilanzen wie folgt:

| <u>A</u>        | <u>A/B</u>     | <u>B</u>        |
|-----------------|----------------|-----------------|
| <u>Aktiva</u>   | <u>Passiva</u> | <u>Aktiva</u>   |
| Beteiligung     | Grundka-       | Beteiligung     |
| an B: 80.000    | pital: 200.000 | an A: 80.000    |
| Anlage: 120.000 |                | Anlage: 120.000 |
| <u>200.000</u>  | <u>200.000</u> | <u>200.000</u>  |

Bei beiden Gesellschaften hat ein Aktivaustausch stattgefunden, der zu mittelbaren Selbstbeteiligungen in Höhe von 40 % führte. Da A und B durch die erworbene Beteiligung nur 40 % des der anderen Gesellschaft gehörenden Anlagevermögens erhalten und der andere Gegenwert nur eine Beteiligung an sich selbst in gleicher Höhe darstellt, setzt sich das jeweilige aktive Gesellschaftsvermögen aus DM 120.000 eigener Anlagewerte plus 40 % von 120.000 = DM 48.000 zusammen. Um DM 32.000 ist das Kapital jeweils unreal.<sup>1)2)</sup>

- 
- 1) Lutter in Kapital S. 452 ff und in Kölner Kommentar § 71, Anm. 65 sowie Winter H. in Beteiligungen S. 39 ff, 43 ff stellen folgende rechnerische Gleichungen auf:  
 bei 50 %iger Beteiligung:  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4} = 25 \%$   
 bei 40 %iger Beteiligung:  $\frac{4}{10} \times \frac{4}{10} = \frac{16}{100} = 16 \%$   
 jeweiliger Kapitalminderung  
 Saage, NB 1968, Heft 8 S. 14 formuliert mathematisch genauer: "Mathematisch gesehen ergibt sich also der Wert des eigenen Anteils an dem Vermögen der anderen Gesellschaft als eine unendlich konvergierende Reihe, deren positive Glieder die Anteile an dem unmittelbaren Vermögen der anderen Gesellschaft und deren negative Glieder die Rückbeteiligung an dem eigenen unmittelbaren Vermögen enthalten."
  - 2) die Zulässigkeit von wechselseitigen Beteiligungen bis zu 49 % nach dem AktG, die zu einer Kapitalminderung von fast 25 % führt, wird zu Recht gerügt von Lutter a.a.O., Winter H. a.a.O. und Zöllner S. 133 ff;  
 Saage a.a.O. hält eine jeweilige Beteiligung von 5 % gerade noch für zulässig.

## II. Keine gesetzliche Regelung im GmbH-Recht

Das GmbHG kennt zu diesem gesamten Fragenkomplex keine Bestimmungen; die Rechtsprechung brauchte hierzu im GmbH-Recht noch nicht Stellung zu nehmen.<sup>1)</sup> In der Literatur ist anerkannt, daß der Erwerb von Geschäftsanteilen an einer anderen GmbH grundsätzlich keinen Beschränkungen unterworfen ist,<sup>2)</sup> selbst wenn Stammeinlagen noch nicht vollständig einbezahlt sind, da hier der Schutzzweck des § 33 Abs. 1 GmbHG - Verhinderung des Verlustes der Einlageforderung - nicht gefährdet ist. Umstritten ist allerdings die Frage, ob eine von der GmbH abhängige oder in deren Mehrheitsbesitz stehende juristische Person nicht voll eingezahlte Geschäftsanteile der beherrschenden GmbH erwerben darf.<sup>3)</sup>

Überträgt man den auf S. 99 angeführten Beispielfall auf zwei GmbH's, wird deutlich, daß die mittelbare Selbstbeteiligung der herrschenden GmbH zu einer Stammkapitalgefährdung führen kann.<sup>4)</sup> Diese Gefahren hat der RegE gesehen und einen sehr umfangreichen, aber auch differenzierten Lösungsvorschlag unterbreitet.

## III. Lösung des RegE

Wie beim Erwerb eigener Geschäftsanteile unterscheidet § 57 Abs. 3 RegE, ob die Einlagen voll bezahlt sind oder nicht. Der Erwerb oder die Inpfandnahme nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile der herrschenden GmbH durch ein abhängiges Unternehmen ist verboten. Gleiches gilt für ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen für Geschäftsanteile der an ihm mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft.

Sind die Geschäftsanteile voll eingezahlt, so darf die abhängige oder in Mehrheitsbesitz stehende GmbH erwerben, wenn sie

---

1) Lutter in Probleme S. 81

2) vgl. Scholz § 33, Anm. 1

3) bejaht von Feine S. 453 (Fn. 20); wohl auch Schmidt in Hachenburg § 33, Anm. 7 a; verneint von Serick S. 110/111, der die abhängige juristische Person mit der herrschenden gleichsetzt. Fischer C. S. 137 schlägt eine dem AktG entsprechende Regelung vor. Boesebeck, ZKredW 1956, 768 unten und Lutter in Kapital S. 462 ff wollen die aktienrechtliche Lösung unter Beachtung der Grundsätze der §§ 30, 33 GmbHG anwenden. Dazu ausführlich unten § 5 IV

4) das Stammkapital wäre um DM 100.000 nicht mehr gedeckt, da die Beteiligung an B nur noch DM 100.000 "wert" wäre.

den Erwerbspreis aus dem bei ihr über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen bezahlen kann. Weitere Voraussetzung ist, daß auch die herrschende oder die mit Mehrheit beteiligte GmbH ihrerseits diese Geschäftsanteile aus ungebundenem Vermögen der Gesellschaft erwerben könnte.

Auch die Inpfandnahme der voll eingezahlten Geschäftsanteile durch die abhängige oder in Mehrheitsbesitz stehende GmbH ist neben der Voraussetzung einer zulässigen Inpfandnahme nach § 57 Abs. 2 S. 2 RegE<sup>1)</sup> nur erlaubt, wenn die herrschende oder die mit Mehrheit beteiligte GmbH ihre eigenen Geschäftsanteile nach § 57 Abs. 2 S. 2 RegE als Pfand nehmen dürfte.

Schließlich regelt der RegE noch den Fall, wenn das abhängige oder in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen in einer anderen als GmbH-Rechtsform organisiert ist. Es darf dann vollständig bezahlte Anteile nur erwerben oder als Pfand nehmen, wenn es die herrschende GmbH ihrerseits unter Wahrung des eigenen kapitaldeckenden Vermögens tun dürfte.<sup>2)</sup>

§ 57 Abs. 4 RegE bestimmt die Rechtsfolge bei Verstößen gegen Abs. 3: dingliche Wirksamkeit und schuldrechtliche Nichtigkeit unabhängig davon, ob die Geschäftsanteile voll eingezahlt sind oder nicht. Daneben haften die Geschäftsführer nach § 75 Abs. 3 Ziff. 2 RegE; falls das abhängige Unternehmen eine GmbH ist, haften auch dessen Geschäftsführer.

Entsprechend dem AktG § 71 Abs. 5 erstreckt § 57 Abs. 5 RegE die Erwerbsbeschränkung auf Rechtsgeschäfte zwischen der GmbH oder einem abhängigen oder in ihrem Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen und einem Dritten, die allein die Verpflichtung oder die Berechtigung des abhängigen oder in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens begründen, für Rechnung der GmbH tätig zu werden. Derartige Rechtsgeschäfte sind nichtig, soweit die Erfüllung gegen die Kapitaldeckung verstoßen würde.

---

1) s.o. § 4 VI. 5. S. 85

2) der originäre Erwerb von Mitgliedschaftsrechten bei Kapitalerhöhung an der herrschenden GmbH durch ein abhängiges oder in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen ist nach § 40 (42) Abs. 2 RegE ausgeschlossen.

#### IV. Kritik

Auffallend ist, daß mit Ausnahme von Lutter<sup>1)</sup> kaum Meinungen veröffentlicht wurden, die sich mit der neuen Regelung des § 57 Abs. 3 RegE ernsthaft auseinandersetzen.<sup>2)</sup> Dafür sind mehrere Gründe denkbar: Entweder hat das aufgezeigte Problem keine große praktische Bedeutung oder die Lösung des RegE wird als selbstverständlich und richtig hingenommen. Gegen die erste Überlegung spricht die Tatsache, daß die Wirtschaftsunternehmen im Zuge von Machtkonzentrationen und Kapitalhäufung, aber auch wegen technischer Zusammenarbeit und aus Rationalisierungsgründen national und international immer mehr miteinander verflochten sind<sup>3)4)</sup>; gegen die letztere sprechen Ungenauigkeiten und Mängel, die unter V. 2. dieses Kapitels behandelt werden.

---

1) Lutter in Probleme S. 81-83 zu § 55 Abs. 3 RefE, der inhaltlich dem § 57 Abs. 3 RegE entspricht

2) vgl. Westermann S. 12, der das Problem nur nennt und es dem Kapitalschutz ohne Wertung zuordnet; Würdinger in Probleme S. 123/124

Winkler, GmbHRdsch 1972, 75, der trotz der noch aufzuzeigenden Unterschiede § 55 RefE (§ 57 RegE) dem § 71 AktG als entsprechend bezeichnet (Abs. 3 zu Abs. 4)

3) vgl. die Angaben des St.Jb. für die BRD 1973, 212/213: in 334 erfaßten Konzernbeschlüssen von Obergesellschaften mit verschiedenen Erfolgsrechnungen in den Jahren 1969, 1970 waren ohne Kreditinstitute und Versicherungen 311 AGen, 1832 GmbH's und 367 sonstige Gesellschaften einbezogen; für die Jahre 1968, 1969 in St.Jb. 1972, 182/183 lauten die Zahlen: 340 Abschlüsse mit 324 AGen, 1865 GmbH's und 354 sonstige Gesellschaften (Daten aus früheren Jahren enthalten die vorhergehenden Jahrbücher nicht).  
vgl. ferner dazu den "Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft" vom 29.2. 1964 in BT-Drucksache IV/2320 S. 5-72 mit Anlagen 1 bis 4, sowie der Stellungnahme der Bundesregierung a.a.O. S. 88-102 und dem Anlagenband a.a.O. S. 3-855;  
im Jahre 1960 bestanden nur bei 140 (!) von den insgesamt 661 börsennotierten AGen keine Schachtel- oder Mehrheitsverhältnisse, so der Bericht S. 64/65

4) zu beachten ist hierbei noch, daß gerade bei Beteiligungen zwischen mehreren GmbH's eine Dunkelziffer nicht auszuschließen ist, da zu diesem Punkt entgegen dem AktG (§§ 160, 162 ff, 177, 178) nach geltendem GmbH-Recht keine Publizitäts- und Bilanzierungsvorschriften bestehen und auch keine Pflichtprüfung vorgesehen ist.  
Der RegE sieht insoweit in den §§ 127 ff, 138 ff, 151 eine Anpassung an das AktG vor. Damit wird zwar im Interesse des Gläubigerschutzes eine Transparenz der Gesellschaftsinterna bei der GmbH erreicht; andererseits erscheinen aber dann auch die vielen Kritikstimmen unter dem Schlagwort: "Die GmbH darf keine kleine AG werden" gerechtfertigt.  
vgl. dazu Centrale für GmbH, GmbHRdsch 1969, 95/96 m.w.N.

# 1. Übernahme der aktienrechtlichen Lösung ?

§ 57 Abs. 3 RegE übernimmt von § 71 Abs. 4 AktG nur, daß die Erwerbsbeschränkung sich gegen das abhängige bzw. in Mehrheitsbesitz befindliche Unternehmen richtet. Abweichende Voraussetzungen sind aber: es wird differenziert, ob die Geschäftsanteile voll einbezahlt sind oder nicht; letztere dürfen nur erworben werden, wenn das kapitaldeckende Vermögen durch den Erwerb nicht angegriffen wird; zusätzliche Voraussetzung: die herrschende oder mit Mehrheit beteiligte GmbH müßte ihrerseits ihre Geschäftsanteile unter Wahrung des Stammkapitals erwerben oder als Pfand nehmen dürfen.

Damit stellt der RegE zunächst zutreffend die aktienrechtliche Lösung auf die spezifische Ausgestaltung der Stammkapitalerhaltung bei der GmbH ab. Nur innerhalb der Eckgrenzen, in denen ein Erwerb eigener Geschäftsanteile zulässig ist, dürfen Geschäftsanteile der herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten GmbH erworben werden. Diese Regelung beachtet konsequent die unterschiedlichen Rechtsschutzziele beim Erwerb eigener Aktien und beim Erwerb eigener Geschäftsanteile<sup>1)</sup> und die abweichenden Grundregeln zur Erhaltung des Grund- bzw. Stammkapitals.<sup>2)3)</sup>

Die amtliche Begründung<sup>4)</sup> kann somit auch zu Recht feststellen, daß durch § 57 Abs. 3 RegE die oben aufgezeigte Streitfrage<sup>5)</sup> geklärt ist. Die inhaltliche, sachliche Berechtigung dafür ergibt sich aus folgenden Beispielfällen:

Fall a) Die A-GmbH, gebildet von den Gesellschaftern A<sub>1</sub>, A<sub>2</sub>, A<sub>3</sub>, A<sub>4</sub>, verfügt über ein Stammkapital von DM 80.000. Der Nominalbetrag der Geschäftsanteile, der dem Realwert entsprechen soll, ist DM 20.000. A<sub>1</sub> und A<sub>2</sub> haben die Stammeinlagen voll bezahlt, A<sub>3</sub> und A<sub>4</sub> in Höhe von je DM 10.000. A besitzt 75 % der B-GmbH-Anteile, deren Stammkapital ebenfalls DM 80.000 beträgt, das aber vollständig aufgebracht ist. B erwirbt gegen Zahlung von je DM 10.000 die Geschäftsanteile von A<sub>3</sub> und A<sub>4</sub>. A und B<sup>6)</sup> bilanzieren:

---

1) vgl. oben § 4 VII. S. 93

2) vgl. oben § 3 V. 3. S. 59 f

3) sie entspricht insoweit auch der Meinung Lutters in Kapital S. 462 ff; ebenso Boesebeck, ZKredW 1956, 768

4) in BT-Drucksache 7/253 S. 116 Sp. 1

5) vgl. oben § 5 II. S. 103 Fn. 3

6) bei B soll zur Vereinfachung noch nicht berücksichtigt werden, ob sie überhaupt über genügend Aktiva verfügt, um die nicht voll bezahlten Geschäftsanteile der A unter Wahrung des eigenen Stammkapitals erwerben zu können; dazu Fall b)

| <u>A</u>                                                  | <u>A/B</u>                                  | <u>B</u>                 |
|-----------------------------------------------------------|---------------------------------------------|--------------------------|
| <u>Vor Erwerb:</u>                                        |                                             |                          |
| <u>Aktiva</u>                                             | <u>Passiva</u>                              | <u>Aktiva</u>            |
| Beteiligung an B: 60.000                                  | Stammkapital: 80.000                        | Anlage: 40.000           |
| Forderung an A <sub>3</sub> u. A <sub>4</sub> , je 10.000 |                                             | Bargeld: 40.000          |
| <u>80.000</u>                                             | <u>80.000</u>                               | <u>80.000</u>            |
| <u>Nach Erwerb:</u>                                       |                                             |                          |
| Beteiligung an B: 60.000                                  | Stammkapital: 80.000                        | Anlage: 40.000           |
| Forderung an B: 20.000                                    | (B zusätzlich: Einlageschuld bei A: 20.000) | Bargeld: 20.000          |
| <u>80.000</u>                                             | <u>80.000/100.000</u>                       | Beteiligung an A: 40.000 |
|                                                           |                                             | <u>100.000</u>           |

Trotz der Bilanzgleichheit bei A vor und nach dem Erwerb ist die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals durch den Vorgang gefährdet: A<sub>3</sub> und A<sub>4</sub> wurden aus der GmbH entlassen, obwohl sie noch jeweils DM 10.000 aus der übernommenen Stammeinlage schuldeten. Die Forderung über DM 20.000 von A geht zwar nicht wie beim Erwerb eigener Geschäftsanteile durch Konfusion unter, sondern diese schuldet nun die B-GmbH. Da A aber mit 75 % an B beteiligt ist, setzt sich ihr reales Aktivvermögen nach dem Erwerb wie folgt zusammen: Forderung an B: DM 20.000 plus 75 % des Anlagevermögens der B = DM 30.000, ergibt die Summe von DM 50.000; die 75 %ige Beteiligung am Aktivposten "Bargeld 20.000" hat keinen Realwert, da dieser Betrag bei B durch die Einlageschuld in gleicher Höhe aufgehoben ist; die 75 % von DM 40.000 "Beteiligung an A" sind eine Beteiligung an sich selbst, der außer der schon berücksichtigten Forderung von DM 20.000 an B kein weiterer echter Aktivwert gegenübersteht.

Somit ist die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals der mit Mehrheit beteiligten A-GmbH durch den Erwerb ihrer nicht voll bezahlten Geschäftsanteile durch die in Mehrheitsbesitz befindliche B-GmbH gefährdet, weil sich der Wert der Beteiligung an B entsprechend der Höhe der noch nicht bezahlten Stammeinlagen vermindert.

Fall b) Gleiche Ausgangslage wie im Fall a mit der Abweichung, daß auch A<sub>3</sub> und A<sub>4</sub> ihre Stammeinlagen voll einbezahlt haben und daß die B-GmbH als Kaufpreis für die Geschäftsanteile je DM 20.000 zahlen muß. Anstelle der Forderungen gegen A<sub>3</sub> und A<sub>4</sub> verfügt die A-GmbH über ein Anlagevermögen von DM 20.000. Die entsprechenden Bilanzen sehen somit aus:

| <u>A</u>            | <u>A/B</u>     | <u>B</u>        |
|---------------------|----------------|-----------------|
| <u>Vor Erwerb:</u>  |                |                 |
| <u>Aktiva</u>       | <u>Passiva</u> | <u>Aktiva</u>   |
| Anlage: 20.000      | Stammka-       | Anlage: 40.000  |
| Beteiligung         | pital: 80.000  | Bargeld: 40.000 |
| an B: 60.000        |                |                 |
| <u>80.000</u>       | <u>80.000</u>  | <u>80.000</u>   |
| <u>Nach Erwerb:</u> |                |                 |
| Anlage: 20.000      | Stammka-       | Anlage: 40.000  |
| Beteiligung         | pital: 80.000  | Beteiligung     |
| an B: 60.000        |                | an A: 40.000    |
| <u>80.000</u>       | <u>80.000</u>  | <u>80.000</u>   |

Das reale Aktivvermögen der A-GmbH entspricht nicht mehr der Stammkapitalziffer in Höhe von DM 80.000; es beläuft sich nur noch auf DM 50.000, nämlich: eigenes Anlagevermögen DM 20.000 plus 75 % des Anlagevermögens der B = DM 30.000; den 75 % von DM 40.000 Beteiligung an sich selbst steht nur der Effektivwert des eigenen Anlagevermögens gegenüber, der aber schon in voller Höhe berücksichtigt ist. Auch das Stammkapital der B-GmbH ist nicht mehr gedeckt: eigenes Anlagevermögen DM 40.000 plus 50 % der Anlage der A = DM 10.000, ergibt die Summe von DM 50.000. (Bezüglich der 50 % Beteiligung an sich selbst gilt dasselbe wie bei A)

Bei dem oben dargelegten Beispiel<sup>1)</sup> bei wechselseitiger Beteiligung von Aktiengesellschaften zeigt sich, daß der beim Erwerb von Anteilen der anderen Gesellschaft erlangte Gegenwert umso geringer ist, je geringer die echten restlichen Aktiva der anderen Gesellschaft - unter Ausklammerung von deren Gegenbeteiligung - noch sind.<sup>2)</sup> Da bei einer GmbH nach geltendem Recht, aber auch nach dem RegE, die zulässige Grenze immer das kapitaldeckende Vermögen i.S.d. § 30 GmbHG (§ 46 RegE) sein soll, muß B über so hohe echte Aktiva verfügen, daß sie den Erwerbspreis für die Geschäftsanteile der A aus dem über dem Stammkapital hinaus vorhandenen Vermögen bezahlen kann. Gleichzeitig muß allerdings hypothetisch die Frage geprüft werden, ob die A-GmbH ihrerseits so viel Vermögen besitzt, um ihre Geschäftsanteile unter Wahrung des Stammkapitals erwerben zu können, weil der Wert ihrer Beteiligung an B durch die Zahlung des Erwerbsentgeltes wie oben dargelegt entsprechend sinkt und diese Minderung zu einem Absinken der echten Aktiva unter die Stammkapitalziffer bei A führen könnte.<sup>3)</sup> Insofern ist die Regelung des § 57 Abs. 3 RegE zu begrüßen.

1) vgl. S. 102

2) so Lutter in Kapital S. 454 unten und Winter H. in Beteiligung S. 39 ff

3) vgl. Lutter in Kapital S. 463 unter Bezugnahme auf das entsprechende italienische Recht

## 2. Erwerbsbeschränkung auch für abhängige Unternehmen ohne Mehrheitsbeteiligung?

Die Beispielfälle a und b haben gezeigt, daß die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals gefährdet werden können, wenn Mehrheitsbeteiligungen gegeben sind. § 57 Abs. 3 RegE stellt ein abhängiges Unternehmen einem in Mehrheitsbesitz stehenden gleich. Dieser generelle Grundsatz ist sicherlich gerechtfertigt, wenn die Abhängigkeit auch auf einer Mehrheitsbeteiligung beruht. Ist Grundlage dafür aber z.B. ein Beherrschungsvertrag ohne mitgliedschaftliche Beteiligung der herrschenden GmbH, erscheint die Erwerbsbeschränkung nach den Eckwerten der §§ 30, 33 GmbHG (§§ 46, 47 Abs. 1, 2 RegE) rechtsdogmatisch schwer zu begründen, weil in diesen Fällen die Vermögensbindung in Höhe des Stammkapitals nicht direkt berührt wird.

Dies kritisiert auch Lutter<sup>1)</sup>, doch ist seine Folgerung zu weitgehend: Er meint, die Gleichstellung zwischen abhängigen (ohne Beteiligung) und in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen in § 57 Abs. 3 RegE könne nur den Sinn haben, das abhängige Unternehmen vor dem Ansinnen der herrschenden GmbH zu schützen, Mitgliedschaftsrechte zu erwerben; für dieses Rechtsschutzziel sei dann die Existenz oder Nichtexistenz von freien Rücklagen ein höchst merkwürdiges Unterscheidungskriterium.

Diese Kritik übersieht die Fälle, in denen die herrschende GmbH auch ohne Beteiligung zumindest indirekt in stammkapitalgefährdender Weise auf das abhängige Unternehmen Einfluß nehmen kann, nämlich: das abhängige Unternehmen ist eine GmbH mit schlechter Geschäftslage, auch die herrschende GmbH ist in angespannter Finanzsituation; aufgrund des Beherrschungsvertrages zwingen die Gesellschafter der herrschenden die abhängige GmbH zum Erwerb ihrer Geschäftsanteile zu einem überhöhten Erwerbspreis, mit der Folge, daß die herrschende GmbH zwar annähernd saniert sein kann, die abhängige aber durch den Erwerb der weit überbezahlten Geschäftsanteile ihr kapitaldeckendes Vermögen angreifen mußte, ohne den entsprechenden Gegenwert zu erhalten. Hier ist § 57 Abs. 3 RegE - Erwerb nur aus über dem Stammkapital hinaus vorhandenem Vermögen - zum Schutz des Stammkapitals der ohne Beteiligung abhängigen GmbH durchaus sinnvoll.

---

1) in Probleme S. 82

Lutters Kritik am RegE ist jedenfalls dann berechtigt, wenn das abhängige Unternehmen keine GmbH-Rechtsform besitzt. Hier ist Schutzzweck des § 57 Abs. 3 RegE nämlich allein die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals der herrschenden GmbH, das bei einer Abhängigkeit ohne Beteiligung nicht gefährdet ist.<sup>1)</sup> In § 57 Abs. 3 S. 3 RegE sollte daher das Tatbestandsmerkmal "herrschende Gesellschaft" gestrichen und allein auf die mit Mehrheit beteiligte GmbH abgestellt werden.

3. Ungenügender Schutz des Stammkapitals durch § 57 Abs. 3 RegE bei Beteiligungen ohne Mehrheitsbesitz und ohne Herrschaftsverhältnis

Zu Recht kritisiert Lutter<sup>2)</sup> ferner, daß die Begriffe der herrschenden und mit Mehrheit beteiligten GmbH für andere denkbare Fälle keinen ausreichenden Schutz für das Stammkapital gewährleisten. Sein Beispiel: "Ist die GmbH A mit 49 v.H. neben dem Gesellschafter X (51 v.H.) an der GmbH B beteiligt, so ist sie weder herrschend noch mit Mehrheit beteiligt. B könnte unangefochten ihrerseits 49 v.H. der Geschäftsanteile von A erwerben."

Diese wechselseitige Beteiligung würde - wie aufgezeigt<sup>3)</sup> - zu einer Minderung des kapitaldeckenden Vermögens bei A und B von annähernd 25 % bei nicht ausreichenden Reserven führen, da die Voraussetzungen des § 57 Abs. 3 RegE - Erwerbspreis muß aus dem über dem Stammkapital hinaus vorhandenen Vermögen gezahlt werden - nicht vorzuliegen brauchen. Lutter<sup>4)</sup> schlägt daher eine Ergänzung des § 57 Abs. 3 RegE vor: Entweder werde bestimmt, daß für den Erwerb von Geschäftsanteilen eine GmbH, die auch nur 10 % oder mehr der Geschäftsanteile am erwerbswilligen Unternehmen hält, als "herrschend" gelten soll oder man gibt den Begriff der "herrschenden Gesellschaft" auf und unterwirft den Erwerb den Beschränkungen des § 57 Abs. 3 RegE für alle Fälle, in denen eine mittelbare<sup>5)</sup> oder unmittelbare Beteiligung über 10 % an einem Unternehmen durch die GmbH gegeben ist.

---

1) ebenso Würdinger in Probleme S. 124

2) in Probleme S. 82

3) s.o. S. 102

4) a.a.O. S. 82; vgl. auch Saage in Fn. 2) S. 102

5) mittelbare Beteiligung: A-GmbH - B-GmbH - C-Unternehmen; A beherrscht B, diese C (bzw. ist mit Mehrheit beteiligt); somit kann A die B anweisen, auf C einzuwirken. A beherrscht über B mittelbar das C-Unternehmen

Beide Vorschläge schließen eine Kapitalminderung theoretisch zwar nicht aus, doch verringern sie den Effektivverlust auf einen derart geringen Prozentsatz<sup>1)</sup>, daß dadurch die Gläubigerinteressen nicht maßgeblich beeinträchtigt werden. Ein völliger Ausschluß könnte dagegen wirtschaftlichen Notwendigkeiten entgegenstehen. Er würde damit auch die Privatautonomie der Gesellschafter des erwerbswilligen Unternehmens in unzulässiger Weise im Vergleich zum angestrebten Rechtsschutzziel einschränken.

Bedenken gegen eine gesetzliche Regelung nach der Vorstellung Lutters könnten aber vom praktischen Bedürfnis her geäußert werden, weil bislang kein genaues Zahlenmaterial über das Vorhandensein wechselseitiger Beteiligungen zwischen GmbH's vorliegt.<sup>2)3)</sup> Dem kann entgegengehalten werden, daß es keineswegs zwingend ist, erst dann eine Gesetzesvorschrift gegen Gefahren, die man vorher erkannt hat, zu verabschieden, wenn diese Gefahren bereits zu erheblichen finanziellen Einbußen bei Gläubigern wechselseitig beteiligter GmbH's geführt haben. Ein weiteres Argument für die von Lutter vorgeschlagene Lösung: der Begriff der wechselseitigen Beteiligung ist im geltenden GmbH-Recht unbekannt. Der RegE übernimmt in den §§ 269, 270 die aktienrechtliche Lösung der §§ 19-21, wonach bei einer Beteiligung zwischen 25 % und 50 % Mitteilungspflichten entstehen und Beschränkungen der Mitgliedschaftsrechte eintreten. Wenn schon eine Reform des GmbHG geplant ist, sollte man sich aber nicht darauf beschränken, einfach Bestimmungen des AktG zu übernehmen, zumal diese sich - weil ohne Erwerbsbeschränkungen - bei wechselseitigen Beteiligungen von je 49 % als nicht ausreichend erwiesen haben. Da zudem gerade der RegE die Verbesserung des Gläubigerschutzes als ein Hauptziel seiner Reformbemühungen anstrebt<sup>4)</sup>, ist nicht einzusehen, daß gerade eine so gravierende Möglichkeit einer Minderung des kapitalerhaltenden Vermögens zulässig sein soll.

---

1) nach der Rechnung im Beispiel auf S. 102 ergibt sich eine Minderung von 1 % ( $1/10 \times 1/10 = 1/100$ )

2) wechselseitige Beteiligungen zwischen einer AG und einer GmbH werden durch § 19 AktG erfaßt; siehe auch Fn. 4 S. 105

3) interessant hierzu ein Diskussionsbeitrag zum Referat Lutters in Probleme S. 232 unten: es wurde erklärt, daß in einem Kreis von Konzernpraktikern von GmbH's bislang das Problem wechselseitiger Beteiligungen nicht bekannt gewesen sei. Auf entsprechende Frage an die Tagungsteilnehmer kannten drei Anwesende derartige Fälle

4) s.o. § 1 S. 1

4. Zu den Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 57 Abs. 3 RegE

Im Gegensatz zum Erwerb eigener Anteile unterscheidet der RegE beim Erwerb eines Geschäftsanteils von der herrschenden bzw. mit Mehrheit beteiligten GmbH in der Rechtsfolge bei Verstößen gegen § 57 Abs. 3 nicht, ob die Einlagen voll bezahlt sind oder nicht. In beiden Fällen tritt gemäß § 57 Abs. 4 RegE nur Nichtigkeit des schuldrechtlichen Erwerbsvorgangs ein, die dingliche Wirksamkeit bleibt gegeben. Die amtliche Begründung<sup>1)</sup> rechtfertigt die unterschiedlichen Rechtsfolgen mit Gründen der Rechtssicherheit: Die Interessenlage des Veräußerers und eines Dritten, der später den verbotswidrig erworbenen Geschäftsanteil von der Gesellschaft erwerbe, sei verschieden: Beim Erwerb eigener nicht voll bezahlter Geschäftsanteile verdiene der veräußernde Gesellschafter keinerlei Schutz; dem Dritten, der einen eigenen Anteil einer GmbH erwirbt, könne "wegen der Ungewöhnlichkeit des Geschäfts" die Prüfung zugemutet werden, ob die Gesellschaft diesen Geschäftsanteil als volleinbezahlten erworben habe oder ob noch eine Resteinlage zu leisten war. Dagegen könne im allgemeinen das den Geschäftsanteil erwerbende, abhängige Unternehmen oder gar ein Dritter, der später von diesem Unternehmen den Geschäftsanteil der herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten GmbH erwerbe, nicht übersehen, ob beim Erwerb oder beim Vorerwerb die betreffende Stammeinlage voll bezahlt war oder nicht. Die Rechtssicherheit erfordere daher, daß in diesen Fällen wenigstens das dingliche Geschäft wirksam sei. Diese Argumentation überzeugt nicht: Auch dem abhängigen oder in Mehrheitsbesitz befindlichen Unternehmen ist die Prüfung zuzumuten, ob die Stammeinlage auf den Geschäftsanteil, den sie erwerben will, in voller Höhe aufgebracht ist oder nicht. Hier ist keine unterschiedliche Interessenlage im Vergleich zu dem Dritten, der den Erwerb eines GmbH-eigenen Anteils beabsichtigt, ersichtlich. Man kann auch keine Parallele zur Erwerbsbeschränkung bei voll eingezahlten eigenen Geschäftsanteilen ziehen<sup>2)</sup>, da keine Kenntnis der Gesellschaftsinterna

---

1) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 116 Sp. 2 und 117 Sp. 1

2) s.o. § 4 VII. 2. d) S. 94/95

erforderlich ist, die dort das Argument der Rechtssicherheit genau wie beim Erwerb voll bezahlter Geschäftsanteile durch abhängige oder in Mehrheitsbesitz befindliche Unternehmen stützen kann.

Die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Rechtsfolge zwischen den beiden Erwerbsvorgängen nach dem RegE ist eher dadurch zu bejahen, daß beim Erwerb eigener nicht vollständig aufgebracht Geschäftsanteile die restliche Einlageforderung durch Konfusion untergeht<sup>1)</sup>, beim Erwerb durch das abhängige oder in Mehrheitsbesitz befindliche Unternehmen dagegen ein Schuldnerwechsel für die rückständige Einlageforderung stattfindet. Dieser führt zwar zu einer Verminderung des Aktivvermögens bei der mit Mehrheit beteiligten GmbH<sup>2)</sup>, ihr bleibt aber ein Schuldner erhalten, an den sie sich wenden kann. Die restliche Einlageforderung ist damit durch die Verpflichtung des erwerbenden Unternehmens - einmal aus den strengen Vorschriften zur Kapitalaufbringung<sup>3)</sup>, zum anderen aus Bereicherungsrecht gemäß § 57 Abs. 4 RegE i.V.m. §§ 812 ff BGB - schuldrechtlich doch so weit abgesichert, daß eine dingliche Unwirksamkeit zur Sicherung des Stammkapitals nicht erforderlich ist.<sup>4)</sup>

## 5. Bilanzierung

Für die Bilanzierung unter Beachtung des § 57 Abs. 3 RegE zulässig erworbener Geschäftsanteile einer herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten GmbH bestimmt § 129 Abs. 1 IV B Ziff. 9 RegE, daß sie unter Angabe des Nennbetrages aktiviert werden müssen.<sup>5)</sup>

---

1) s.o. § 4 V. S. 77 f

2) s.o. § 5 V. 1. Fall a S. 106/107

3) vgl. §§ 19 ff GmbHG, §§ 29 ff RegE

4) Eine weitere Rechtsfolge - selbst bei zulässigem Erwerb - ist in § 82 Abs. 4 RegE geregelt, wonach das Stimmrecht für Geschäftsanteile eines abhängigen Unternehmens in der herrschenden GmbH nicht ausgeübt werden kann.

Diese Bestimmung ist zwar direkt ohne Bedeutung für die Erhaltung des Stammkapitals, wegen der Verschiebung von Machtverhältnissen in der herrschenden GmbH, die das abhängige Unternehmen entsprechend beeinflussen kann, aber nicht unbedenklich; vgl. dazu Lutter in Probleme S. 82/83

5) wegen der Bedenken s.o. § 4 IV. S. 75/76;

§ 130 Abs. 3 RefE hatte eine Aktivierung untersagt

## 6. Redaktionelle Änderung

§ 57 RegE ist mit "Erwerb eigener Geschäftsanteile" überschrieben worden. Auch wenn der Erwerb von Geschäftsanteilen herrschender GmbH's durch abhängige Unternehmen damit zusammenhängt, sollte man einen besonderen Paragraphen konzipieren. Hierbei ist § 57 Abs. 3 RegE, der sehr umfangreich ist und mehrere Schachtelsätze enthält, aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit unbedingt in mehrere Absätze aufzugliedern.<sup>1)2)</sup>

## V. Zusammenfassung

Die neue Regelung im GmbH-Recht über den Erwerb von Anteilen einer herrschenden bzw. mit Mehrheit beteiligten GmbH ist grundsätzlich zu begrüßen, da sie versucht, Gefahren für die Erhaltung des Stammkapitals abzuwenden, die der Gesetzgeber des Jahres 1892 nicht erkannt hatte bzw. mangels Erfahrungen aus dem Wirtschaftsleben nicht erkennen konnte. Sie schränkt dabei die Privatautonomie bezüglich des Gewinnstrebens und wirtschaftlicher Expansionsfreiheit generell in zulässiger Weise ein: § 57 Abs. 3 RegE sollte aber - abgesehen von einer redaktionellen Überarbeitung - in zwei Punkten geändert werden: Wenn das Unternehmen keine GmbH-Rechtsform besitzt und die Abhängigkeit gegenüber der herrschenden GmbH nicht auf einer mehrheitlichen Kapitalbeteiligung beruht, ist die Erwerbsbeschränkung ohne ausreichenden Rechtsschutzzweck; die Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter ist damit ohne Rechtsgrund eingeschränkt.

Zum besseren Schutz des Stammkapitals und der Gläubigerinteressen muß der RegE eine Schranke in ein neues GmbHG aufnehmen, die Geschäftsanteilserwerbe und Beteiligungen bis zu 50 % auch dann verhindert, wenn keine Abhängigkeitsverhältnisse gegeben sind.

- 
- 1) auch hier verlangt Lutter die Änderung: statt "Vermögen" "offene, freie Rücklagen" wegen der Ablehnung dieses Vorschlags s.o. § 4 VII. S. 32
  - 2) auch bezüglich der Einschränkung einer Inpfandnahme von Geschäftsanteilen wird auf die Ausführungen bei den eigenen Anteilen verwiesen; s.o. § 4 VII. S. 87 ff



## § 6 Die Einziehung von Geschäftsanteilen

Zu dem Fragenkreis des allgemeinen Rückzahlungsverbotens nach § 30 GmbHG und des Erwerbes eigener Geschäftsanteile nach § 33 GmbHG gehört auch die Einziehung von Geschäftsanteilen. Erfolgt diese ohne gleichzeitige Kapitalherabsetzung, was nach geltendem Recht zulässig ist<sup>1)</sup>, kann sie ebenfalls das Stammkapital gefährden.

### I. Begriff und Arten der Amortisation

Amortisation (=Einziehung) bedeutet die Vernichtung eines Geschäftsanteiles durch die Gesellschaft.<sup>2)</sup> Im Gegensatz zum Erwerb eigener Anteile bleibt der Geschäftsanteil nach erfolgter Einziehung nicht bestehen; er kann in der Bilanz nicht aktiviert werden; eine Weiterveräußerung ist ausgeschlossen; die mit ihm verbundenen Gesellschafterrechte und -pflichten gehen endgültig unter.

Denkbar sind: eine Einziehung gegen oder ohne Entgelt, mit oder ohne gleichzeitige Kapitalherabsetzung. Von diesen Amortisationsarten kann nur eine Einziehung gegen Entgelt und ohne gleichzeitige Kapitalherabsetzung die Erhaltung des Stammkapitals gefährden, denn

bei einer unentgeltlichen Einziehung findet überhaupt keine Vermögensverschiebung statt, die gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßen könnte,<sup>3)</sup>

bei einer bloßen Kapitalherabsetzung, deren Grenze das gesetzliche Mindeststammkapital ist<sup>4)</sup>, wird zwar der herabgesetzte Betrag des Gesellschaftsvermögens frei und unterliegt nicht mehr der Vermögensbindung des § 30 Abs. 1 GmbHG, die Gesellschaftsgläubiger sind aber durch die einschneidenden Formvorschriften des § 58 GmbHG weitgehend geschützt,<sup>5)</sup>

bei einer entgeltlichen Einziehung mit gleichzeitiger Kapital-

---

1) vgl. §§ 34, 58 GmbHG

2) heute einhellige Ansicht: vgl. Schmidt in Hachenburg § 34, Anm. 1; Vogel § 34, Anm. 1; Scholz § 34, Anm. 1; Sch.-Fischer § 34, Anm. 2; Baumbach-Hueck, Einf. zu § 34, Anm. 1 A; Feine S. 455

3) vgl. Scholz § 34, Anm. 6; Vogel § 34, Anm. 8; Sch.-Fischer § 34, Anm. 3; Baumbach-Hueck § 34, Anm. 2 C

4) es sei denn, es wird eine gleichzeitige Kapitalerhöhung beschlossen

5) vgl. im einzelnen: der Herabsetzungsbeschluss muß u.a. dreimal veröffentlicht und darf erst ein Jahr nach der 3. Veröffentlichung zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden; während dieser Zeit müssen die Gesellschaftsgläubiger entweder der Herabsetzung zugestimmt haben oder vorher befriedigt worden sein.

herabsetzung ist die Schutzwirkung des § 58 GmbHG gegeben; es müssen ferner die nachstehend aufgezeigten formellen und materiellen Voraussetzungen des § 34 GmbHG zusätzlich vorliegen. Der RegE beläßt es bei der Möglichkeit einer Einziehung ohne gleichzeitige Kapitalherabsetzung.<sup>1)</sup> Er ändert materiell-rechtlich auch nichts Wesentliches.<sup>2)</sup> Daher werden § 34 GmbHG und § 58 RegE gemeinsam erörtert.

## II. Voraussetzungen einer zulässigen Amortisation nach § 34 GmbHG (§ 58 RegE)

§ 34 GmbHG läßt die Einziehung von Geschäftsanteilen nur zu, soweit sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist und der Anteilsberechtigte ihr zustimmt. Eine Amortisation ohne Einwilligung des Inhabers des Geschäftsanteiles ist aber statthaft, wenn deren Voraussetzungen in der Satzung vor dem Zeitpunkt festgesetzt waren, zu welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hatte. § 58 RegE übernimmt in den Absätzen 1 und 2 diese Bestimmungen und ergänzt sie in Abs. 4 durch das Vorliegenmüssen eines Gesellschafterbeschlusses mit entsprechendem Inhalt und der Abgabe einer Erklärung der Gesellschaft gegenüber dem betroffenen Gesellschafter. Letztere Voraussetzung war bislang in Lehre und Rechtsprechung unbestritten;<sup>3)</sup> der Gesellschafterbeschluß ist nach § 46 Ziff. 4 GmbHG - allerdings wegen § 45 Abs. 2 GmbHG - nicht zwingend vorgeschrieben.

Auch wenn im § 34 GmbHG nicht ausdrücklich normiert, war bisher ebenfalls einhellige Meinung, daß vor einer zulässigen Einziehung die Stammeinlage auf diesen Geschäftsanteil voll einbezahlt sein mußte.<sup>4)</sup> Diese Voraussetzung folgt aus § 19 Abs. 2 GmbHG: Durch eine Amortisation gehen sämtliche Rechte und Pflichten des eingezogenen Geschäftsanteils unter, somit auch eine rückständige Einlagenschuld. Die Folge wäre ein unzulässiger Erlaß von Einlageforderungen. § 58 Abs. 3 S. 1 RegE sieht die geseordnete Festlegung dieser Voraussetzungen vor.

---

1) vgl. §§ 58, 177 RegE; ferner BT-Drucksache 7/253 S. 117

2) angesichts dieser Tatsache ist § 6 der Arbeit kürzer gefaßt und nur der Vollständigkeit halber aufgenommen

3) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34, Anm. 1; Brodmann § 34, Anm. 3 b; Baumbach-Hueck § 34, Anm. 3 A; RG, JW 1934, 977 Urt. v. 24.11.1933

4) vgl. BGHZ 9, 157 (168) Urt. v. 1.4.1953; Brodmann § 34, Anm. 2 c; Vogel § 34, Anm. 7; Scholz § 34, Anm. 7; Schmidt in Hachenburg § 34, Anm. 17; Baumbach-Hueck § 34, Anm. 2 C

§ 34 Abs. 3 GmbHG besagt schließlich, daß § 30 Abs. 1 GmbHG "unberührt bleibt". Diese Bestimmung bedeutet, daß ein Entgelt für den eingezogenen Geschäftsanteil an den betroffenen Gesellschafter nicht ausbezahlt werden darf, wenn es zu dem Vermögensteil der GmbH gehört, der zur Deckung des Stammkapitals erforderlich ist.<sup>1)</sup> Da somit die entgeltliche Amortisation nach § 34 GmbHG nur ein Unterfall für die Kapitalerhaltung des generellen Auszahlungsverbots des § 30 Abs. 1 GmbHG ist, wird wegen der Art des Entgelts, wegen des maßgeblichen Zahlungszeitpunktes und wegen der Rechtsfolgen auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>2)</sup>

§ 58 Abs. 3 S. 2 RegE nimmt dagegen nicht auf § 30 Abs. 1 GmbHG = § 46 Abs. 1 RegE Bezug, sondern schreibt vor: "Die Einziehung kann nur erfolgen, ....wenn ein Einziehungsentgelt aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen gezahlt werden kann." Die amtliche Begründung<sup>3)</sup> meint: "Abs. 3 ersetzt die Verweisung in § 34 Abs. 3 GmbHG auf § 30 Abs. 1 GmbHG durch eine inhaltlich damit übereinstimmende, aber selbständige Regelung." Dies mag zwar von den Verfassern des RegE beabsichtigt sein, kommt aber durch die gewählte Formulierung nicht klar zum Ausdruck, da diese sprachlich nicht dem § 46 Abs. 1, sondern dem § 57 Abs. 2 S. 1 RegE (zulässiger Erwerb eigener voll bezahlter Geschäftsanteile) entspricht. Die vom RegE offensichtlich nur als redaktionelle Änderung gedachte Neuformulierung kann somit, statt zu einer Klarstellung, zu Mißverständnissen führen. Während nach geltendem Recht nämlich durch die Bezugnahme auf § 30 Abs. 1 deutlich wird und anerkannt ist<sup>4)</sup>, daß die Rechtsfolgen des § 31 GmbHG<sup>5)</sup> eingreifen, wenn das Einziehungsentgelt nicht aus Gewinn oder aus freien Rücklagen, sondern aus dem kapitaldeckenden Vermögen bezahlt wurde, müßten nach dem Wortlaut des § 58 Abs. 3 RegE die Rechtsfolgen des § 57 Abs. 4 RegE - Nichtigkeit des "schuldrechtlichen" (= Einziehungsbeschluß der Gesellschaft), aber Wirksamkeit des "dinglichen" (= Vernichtung des Geschäftsanteils) Geschäfts - eintreten. Rechtsgrundlage für die Rückforderung des Entgeltes wären somit

1) vgl. Schmidt in Hachenburg § 34, Anm. 14; Sch.-Fischer § 34, Anm. 3;

2) s.o. § 3 I. 2. S. 37 ff und § 3, III. S. 49 ff

3) in BT-Drucksache 7/253 S. 117

4) vgl. Bohn in § 34, Anm. C; Schmidt in Hachenburg § 34, Anm. 31

5) s.o. § 3 S. 49 ff

grundsätzlich nur die Vorschriften des Bereicherungsrechts mit der Gefahr der Einrede des Wegfalls der Bereicherung.<sup>1)</sup> Daher sollte der RegE entweder die Formulierung des § 34 GmbHG beibehalten oder in einem eigenen Absatz die Rechtsfolgen darlegen.

### III. Zu § 58 Abs. 5 und 6 RegE

Eine Amortisation eines Geschäftsanteiles ohne Kapitalherabsetzung hat nach geltendem Recht zur Folge, daß die Zahl der vorhandenen Geschäftsanteile nicht mehr derjenigen bei der Gründung entspricht. Dieser Vorgang greift zwar das kapitaldeckende Vermögen nicht an, weil die Stammkapitalziffer unverändert bleibt, führt aber zu der Ungenauigkeit, daß die Summe der Mitgliedschaften mit den ihnen zugrundeliegenden Stammeinlagen nicht mehr mit der Stammkapitalziffer übereinstimmt.<sup>2)</sup> Um dieses Ergebnis zu verhindern, regelt § 58 Abs. 5 RegE, daß sich die Nennbeträge der übrigen Geschäftsanteile anteilmäßig um den Nennbetrag des eingezogenen erhöhen sollen. § 58 Abs. 5 verpflichtet ferner die Gesellschafter zu einem Beschluß in notarieller Form nach § 152 RegE, mit dem die erhöhten Nennbeträge festgestellt werden und um unverzügliche Vorlage einer berichtigten Gesellschafterliste zum Handelsregister. Dieser Aufwand ist im Vergleich zum Erfolg zu groß, zumal der Gläubigerschutz - Erhaltung des kapitaldeckenden Vermögens - durch eine zulässige Einziehung nicht gefährdet ist. § 58 Abs. 6 RegE, wie Abs. 5 ebenfalls neu, berechtigt die GmbH, wenn die Voraussetzungen einer zulässigen Amortisation gegeben sind, den Geschäftsanteil stattdessen zu "übernehmen". Damit wird u.U. der Erwerb eines eigenen Geschäftsanteils auch gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters ermöglicht. Ob für diese Regelung ein Bedürfnis besteht, ist zweifelhaft.

### IV. Zusammenfassung

§ 58 RegE ändert das geltende Amortisationsrecht materiell wenig; er kodifiziert einzelne bislang ungeschriebene, aber auch unbestrittene Voraussetzungen. Dabei sollte die mißverständliche Formulierung des § 58 Abs. 3 RegE neu gefaßt werden.

---

1) s.o. § 4 V. 2. b) S. 79 f

2) s.o. § 2 II. S. 14

## § 7 Der Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals im Konkurs der GmbH

### I. Beispielfälle

Der Grundsatz, den Gesellschaftsgläubigern ein Haftungsvermögen zumindest in Höhe des Stammkapitals zu erhalten, sollte schließlich, wenn er wirksam sein will, auch dann noch gelten, wenn die GmbH aufgelöst wird, insbesondere, wenn sie in Konkurs fällt.<sup>1)</sup> Konkursgrund ist gemäß § 63 Abs. 1 GmbHG entweder Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Erstere Voraussetzung liegt vor, wenn die Gesellschaft ihre fälligen Forderungen ganz oder zu einem wesentlichen Teil voraussichtlich dauernd nicht mehr erfüllen kann,<sup>2)</sup> letztere, wenn das Gesellschaftsvermögen die Schulden nicht mehr deckt.<sup>3)</sup> Es kann somit zwar kapitaldeckendes Vermögen (Sachanlagegüter) vorhanden sein, dennoch fehlt flüssiges Kapital zur Befriedigung der Forderungen, oder das Aktivvermögen reicht zwar zur Deckung des Stammkapitals aus, liegt aber weit unter der Summe sämtlicher Gesellschaftsschulden.<sup>4)</sup> Beide Fallgruppen bedürfen jedoch keiner näheren Prüfung. Im Rahmen vorliegender Arbeit ist vielmehr die Frage zu untersuchen, ob der Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals dann Geltung erlangt, wenn sich im Konkursverfahren herausstellt, daß nicht einmal Gesellschaftsvermögen in Höhe des Stammkapitals vorhanden ist. Bei dieser Untersuchung wird die unmittelbare Haftung von Gesellschaftern "aus einem besonderen Rechtsgrund"<sup>5)</sup> nicht berücksichtigt; geprüft wird, inwieweit ein "Haftungsdurchgriff"<sup>6)</sup> in das Privatvermögen der Gesellschafter zur Vermehrung der gesellschaftlichen Konkursmasse zulässig ist. Dazu folgende Fälle:

- 1) so auch Fabricius, GmbHRdsch 1970, 139
- 2) vgl. RGZ 50, 39 ff (41) Urt. v. 17.12.1901
- 3) dies ergibt sich aus der Aufstellung einer Vermögensbilanz, in der die richtigen Werte einzusetzen und unechte Passivposten, wie das Stammkapital, nicht einzutragen sind; vgl. Baumbach-Hueck § 63, Anm. 1 B
- 4) hier wird die Grenze der Garantiefunktion des Stammkapitals deutlich; erhebliche Verluste der Gläubiger sind trotz eines "erhaltenen" Stammkapitals nicht auszuschließen
- 5) vgl. BGHZ 31, 258 ff (271) z.B.: Bürgschaft, Schuldbeitritt, Kreditauftrag, Garantievertrag, unerlaubte Handlung (etwa § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB) usw.
- 6) vgl. zu diesem Begriff die grundlegenden Werke von Serick und Drobnig

Fall a) Einer GmbH mit einem Stammkapital von DM 20.000, das vollständig aufgebracht ist, gehören die Gesellschafter A und B an, die gleichzeitig Geschäftsführer sind. Bei der Aufstellung der Jahresbilanz zum Abschluß eines Geschäftsjahres stellen A und B fest, daß das Aktivvermögen um DM 8.000 unter der Stammkapitalziffer liegt und daß das vorhandene Eigenkapital nicht ausreicht, die laufenden Zahlungsverpflichtungen der GmbH zu erfüllen. Sie beschließen, der Gesellschaft ein unverzinsliches Darlehen mit unbegrenzter Laufzeit in Höhe von jeweils DM 4.000 aus ihrem Privatvermögen zu gewähren. Zwei Monate später müssen sie wegen Zahlungsunfähigkeit nach §§ 63 Abs. 1, 64 GmbHG, § 103 KO die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen. In diesem Verfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin, der GmbH, melden A und B ihre Darlehensforderungen nach §§ 138 ff KO zur Eintragung in die Konkurstabelle an.

Fall b) Beispiel a) mit folgender Abweichung:  
Nach der Darlehenshingabe hat sich die Geschäftslage der GmbH nicht gebessert. Ein Gesellschaftsgläubiger, der über einen vollstreckbaren Titel verfügt, droht mit Zwangsvollstreckung und Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gemäß § 103 Abs. 2 KO. A und B beschließen die Rückzahlung der gewährten Darlehen von jeweils DM 4.000 aus noch vorhandenem Gesellschaftsvermögen. Kurz darauf wird auf Antrag des Gesellschaftsgläubigers das Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet.

Fall c) Beispiele a) und b) mit der jeweiligen Abänderung, daß keine Unterbilanz vorliegt; A und B gewährten zur Abwendung der Konkursantragspflicht ein Darlehen von je DM 20.000. Wegen Zahlungsunfähigkeit müssen sie die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen und

- aa) melden ihre Forderungen im Konkurs an
- bb) haben vor Eröffnung durch Veräußerung eines Anlagegutes die Darlehensschuld der GmbH ausgeglichen.

In den Fällen a) und c) ist es fraglich, ob die Darlehensforderungen von A und B als Konkursforderungen anerkannt werden können, zumal dadurch die Quote der anderen Gläubiger verringert würde; im Fall b), ob der Konkursverwalter die DM 8.000 zur Konkursmasse zurückverlangen kann, um wenigstens die Stammkapitalziffer abzudecken bzw. im Fall c) die DM 40.000, um das Haftungsvermögen der GmbH zu vermehren. Die Frage zum Fall b) wäre nach geltendem GmbHG dann zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zu entscheiden, wenn die Rückzahlung der Darlehensforderungen gegen das Verbot des § 30 GmbHG verstoßen hätte und der Konkursverwalter für die Gemeinschuldnerin nach

§ 31 GmbHHG vorgehen könnte.<sup>1)</sup> Diese Möglichkeit scheitert im Regelfall aber schon daran, daß die Rückgewähr aus Darlehensverträgen zwischen der GmbH und den Gesellschaftern als Dritten eine privat- und keine gesellschaftsrechtliche Leistung darstellt.<sup>2)</sup> Aus dem gleichen Grund ist grundsätzlich gegen eine Anerkennung der Darlehensforderungen der Gesellschafter als Konkursforderung im Konkurs ihrer GmbH in den Fällen a) und c) nichts einzuwenden. Das Rückforderungsrecht des Konkursverwalters im Fall c), zweite Alternative, i.S.d. § 31 GmbHHG scheidet aus, weil das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen durch die Veräußerung des Anlagegutes im Wert von DM 40.000 nicht angegriffen wurde.

Diese Lösungen sind insofern bedenklich oder sogar "unbillig", weil A und B gegenüber den anderen Gesellschaftsgläubigern den unbestreitbaren Vorteil genießen, die finanzielle und wirtschaftliche Lage ihrer Gesellschaft genau zu kennen. Sie können sich somit bei auftretenden Zahlungsschwierigkeiten selbst noch rechtzeitig befriedigen und dadurch das Haftungsvermögen u.U. noch weiter verringern. Andererseits steht aber auch fest, daß A und B auf den Grundsatz der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen<sup>3)</sup> vertrauen dürfen und daß dieses Trennungsprinzip durchbrochen wäre, wenn man die Beispielfälle jeweils zugunsten der Gesellschaftsgläubiger entscheiden würde: Einmal müßten A und B nämlich mit ihren privaten Forderungen zurückstehen, zum anderen mit ihrem eigenen Vermögen für die GmbH haften. Dieser Widerstreit zwischen dem Prinzip der Haftungsbeschränkung und dem Gläubigerschutzgedanken, zwischen den Argumenten der Rechtssicherheit und dem Grundsatz der Privatautonomie hat Rechtsprechung und Schrifttum in vielen Urteilen und mannigfaltigen Abhandlungen beschäftigt.<sup>4)</sup>

---

1) die Aktivlegitimation des Konkursverwalters ist unbestritten; vgl. RG, JW 1918, 266 Urt. v. 18.1.1918; Schmidt in Hachenburg § 31, Anm. 2

2) s.o. § 3 I. 2. S. 41 f

3) s.o. § 2 III. 2. S. 21 f

4) aus neuerer Zeit allein 8 (!) Dissertationen, vgl. u.a. Kamprad: "Gesellschafterdarlehen an die GmbH als verdeckte Stammeinlagen", Köln 1967; Kleinertz: "Mißbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH", Köln 1967; Kamm: "Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften", Genf 1967; Nölting: "Die vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Gläubiger einer GmbH durch Gewährung von Darlehen durch einen Gesellschafter und ihre Rechtsfolgen", München 1968

Die bisherigen Lösungsversuche mit ihren unterschiedlichen Argumenten wurden bereits mehrmals ausführlich dargestellt;<sup>1)</sup> von einer erneuten Zusammenstellung wird daher abgesehen.<sup>2)</sup> Der RegE sieht in den §§ 49, 50 eine neue Regelung zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Konkurs und zur Anfechtung von Rechtshandlungen im Konkurs vor. Da sie eine Verbesserung des Gläubigerschutzes bezwecken soll, werden zunächst die Vorstellungen des RegE dargelegt.

## II. Lösung des RegE

### 1. Darstellung

In § 49 Abs. 1 und § 50 Abs. 1 trifft der RegE die grundlegenden Neuentscheidungen: Es werden die Voraussetzungen festgelegt, bei denen ein Gesellschafter seine Darlehensforderung nicht als Konkursforderung anmelden darf; ferner wird dem Konkursverwalter ein besonderes Anfechtungsrecht eingeräumt, über dessen Geltendmachung und Wirkung die Vorschriften der Konkursordnung<sup>3)</sup> sinngemäß anzuwenden sind.

Im einzelnen gilt: hat ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, statt dessen ein Darlehen gewährt, so kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft oder im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses nicht geltend machen (§ 49 Abs. 1 S. 1). Beispielhaft wird in § 49 Abs. 1 S. 2 der Fall hervorgehoben<sup>4)</sup>, daß das Darlehen dann die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt, wenn es dazu gedient hat, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft abzuwenden oder hinauszuschieben. Eine Aufrechnung mit dem Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens gegen Forderungen der Gesellschaft ist nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH oder des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses nicht zulässig (§ 49 Abs. 1 S. 3).

---

1) vgl. zuletzt Tittel S. 22 ff; Höper S. 74 ff; Winter G. S. 62 ff

2) zu den maßgeblichen Begründungssätzen wird im Rahmen der Kritik Stellung genommen

3) vgl. §§ 29 ff, 36, 37 KO

4) so die Deutung der amtlichen Begründung in BT-Drucksache 7/253 S. 111

Nach § 50 Abs. 1 kann der Konkursverwalter Rechtshandlungen, die dem Gläubiger einer unter § 49 Abs. 1 fallenden Forderung Sicherung oder Befriedigung gewähren (z.B. Rückgewähr des Darlehens, Pfändung der Darlehensforderung), als den Konkursgläubigern gegenüber im Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen unwirksam anfechten. Das Anfechtungsrecht ist nur für Rechtshandlungen zulässig, die binnen eines Jahres vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt sind (§ 50 Abs. 2). Als Folge einer wirksamen Anfechtung müßte der Gesellschafter die erhaltene Leistung der Konkursmasse erstatten.

In einer umfangreichen Kasuistik versucht der RegE denkbare Umgehungsmöglichkeiten für die Grundentscheidungen auszuschließen: § 49 Abs. 1 soll sinngemäß angewandt werden, wenn ein Gesellschafter gestundete Forderungen Dritter gegen die Gesellschaft erwirbt (§ 49 Abs. 2 S. 1, 1. Alternative) oder eigene Forderungen stundet (§ 49 Abs. 2 S. 1, 2. Alternative); wenn ein Gläubiger eine unter Abs. 1 oder Abs. 2 fallende Forderung eines Gesellschafters im letzten Jahr vor der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens erworben hat (§ 49 Abs. 3);

wenn anstelle eines Gesellschafters dessen Ehefrau oder dessen minderjähriges Kind (§ 49 Abs. 6)<sup>1)</sup> oder ein mit dem Gesellschafter verbundenes Unternehmen oder ein Dritter für Rechnung des Gesellschafters oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens (§ 49 Abs. 5) Forderungsinhaber, Sicherungsgeber oder Bürge ist.

Auf alle diese Umgehungen findet § 50 Abs. 1 Anwendung. Schließlich werden durch § 49 Abs. 4 RegE noch durch Gesellschafter verbürgte oder gesicherte Drittdarlehen erfaßt (auf diese Bestimmung verweist auch § 49 Abs. 6 mit dem dort dem Gesellschafter gleichgestellten Personenkreis): Ein Dritter hat der Gesellschaft ein Darlehen gewährt, für dessen Rückgewähr ein Gesellschafter sich verbürgt oder eine Sicherheit bestellt hat. Hier kann der Dritte im Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, mit dem er bei der Inanspruchnahme der

---

1) die Vorschrift soll dann nicht gelten, wenn beide beweisen können, daß Forderungen und Sicherungen nicht aus Mitteln des Gesellschafters stammen;  
wegen der verfassungsmäßigen Belangen s. u. die Ausführungen zur Kritik

Sicherung und des Bürgen ausgefallen ist. Voraussetzung dafür ist, daß der Dritte das Darlehen in dem Zeitpunkt gewährt hat, in dem die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (§ 49 Abs. 4 S. 1). Hat der Gesellschafter den Dritten befriedigt, kann er seinen Rückgriffsanspruch im Konkurs oder im Vergleich zur Abwendung des Konkurses seiner GmbH nicht geltend machen (§ 49 Abs. 4 S. 3). Ergänzend soll Vorstehendes auch für gestundete Forderungen gelten (§ 49 Abs. 4 S. 4).

Wegen der Anfechtung von Rechtshandlungen nach § 49 Abs. 4 bestimmt § 50 Abs. 3: Ist die Rückzahlung des verbürgten oder gesicherten Darlehens oder der gestundeten Forderungen durch die Gesellschaft an den Dritten im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung erfolgt, ist Schuldner des Rückerstattungsanspruchs der Gesellschafter, der die Sicherung bestellt hatte oder als Bürge haftete (§ 50 Abs. 3 S. 1). Die Erstattungspflicht soll aber auf den Wert der Sicherung bzw. auf den Betrag, mit dem der bürgende Gesellschafter haftete, begrenzt sein (§ 50 Abs. 3 S. 2). Von dieser Erstattungspflicht kann sich der Gesellschafter dadurch befreien, daß er die Gegenstände, die zur Sicherung gedient haben, der Gesellschaft zur Verfügung stellt (§ 50 Abs. 3 S. 3).<sup>1)</sup>

## 2. Grundsätzliche Würdigung

In der Abwägung der Gläubigerinteressen zum Prinzip der Haftungsbeschränkung und zum Recht der Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter hat der RegE zugunsten der ersteren entschieden. Während nämlich die bisher erörterten Vorstellungen des RegE zur Erhaltung des der Höhe der Stammkapitalziffer entsprechenden Vermögensteiles der Gesellschaft die kapitalsichernden Bestimmungen des geltenden Rechts lediglich teilweise verschärfend ergänzen, bedeutet die Lösung der §§ 49, 50 einen viel weitergehenden Schritt. Die Grenze der Haftungsbeschränkung des durch die Gesellschafter autonom festgesetzten Stammkapitals wird überschritten und im Konkursfall durch einen anderen Haftungsmaßstab - die Ausstattung der Gesellschaft mit einem angemessenen Eigenkapital - ersetzt.

---

1) nach § 129 RegE müssen die Gesellschafterdarlehen zusätzlich in der Bilanz ausgewiesen werden

Winter G.<sup>1)</sup> hat zutreffend erkannt, daß dadurch der RegE eigentlich den Grundsatz des festen Stammkapitals<sup>2)</sup> verläßt und den Durchbruch zum System des gleitenden Stammkapitals zumindest im Konkursfall vollzieht. Auch den Ausführungen Westermanns<sup>3)</sup> ist zuzustimmen: "Es ist nicht dasselbe, ob der Gesetzgeber das offizielle Stammkapital der Gesellschaft den Gläubigern offenzulegen und zu erhalten sucht oder ob er sich darum bemüht, die im Unternehmen arbeitenden und sein Geschäftsvolumen zumindest beeinflussenden Mittel zum 'Als-ob-Stammkapital' umzuwerten, indem er, konkret gesprochen, Gesellschafterdarlehen im Konkurs zurückstuft"<sup>4)</sup>

Damit berühren die Vorschriften des RegE über das Gesellschafterdarlehen und die Anfechtung von Rechtshandlungen im Konkurs ein Gebiet, das im wesentlichen über das Thema vorliegender Arbeit hinausgeht. Unabhängig davon nämlich, ob das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen z.B. durch die Rückzahlung der Darlehensforderungen von A und B angegriffen wurde oder nicht, würden alle drei Beispielfälle nach den §§ 49, 50 RegE zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zu entscheiden sein, wenn man unterstellt, A und B hätten statt der Darlehen "als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zu führen müssen.". Es wird somit - anders als bei den §§ 30, 33, 34 GmbHG, §§ 46, 57, 58 RegE - nicht mehr auf die Ziffer des Stammkapitals abgestellt. Da die Fälle a) und b) aber auch eine Überschneidung aufzeigten - Darlehen bis zur Abdeckung des Stammkapitals - ist es erforderlich, die Haftungs- und Entscheidungskriterien der §§ 49, 50 RegE auch im Rahmen dieser Arbeit kritisch zu betrachten.

---

1) Winter G. S. 115

2) s.o. § 2 I. 1.c) S. 7

3) s. 9; ähnlich Kreutz AG, 1973, 148

4) Westermann a.a.O. weist auch zu Recht darauf hin, daß die Maßnahme vielleicht einmal exemplarische Bedeutung für die Fortbildung unseres Gesellschaftsrechts haben wird; schon deshalb müsse sie eingehend erwogen werden. Es ist in der Tat zu befürchten, daß dadurch ein Ausweichen auf das Haftungsrecht der KG erfolgt, das es auch im Konkursfall bei der Haftung des Kommanditisten auf die geleistete Einlage beläßt (§§ 171 ff. HGB; 209 ff. KO)

### III. Kritik

#### 1. Redaktionelle Überarbeitung

Wie schon bei der Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile und bei der wechselseitigen Beteiligung muß vorweg gerügt werden, daß die §§ 49, 50 RegE - unabhängig vom sachlichen Inhalt - zum besseren Verständnis und im Interesse der Übersichtlichkeit einer redaktionellen Überarbeitung bedürfen. Immerhin beinhalten sie für die GmbH-Gesellschafter eine weitere Haftungsmöglichkeit aus ihrem Privatvermögen. Um die Vorschriften anschaulicher zu gestalten, wurde sogar ein Schaubild gefertigt<sup>1)</sup>, weiterhin ist die Aufgliederung von Kamprad<sup>2)</sup> erwähnenswert.<sup>3)</sup> Im Interesse der Rechtssicherheit für den Laien sollte man aber keine Tatbestände schaffen, die einer vereinfachenden Darstellung bedürfen.

Die mangelnde Übersichtlichkeit und Klarheit ist nicht zuletzt dadurch begründet, daß der RegE mit vielen Detailregelungen Umgehungsmöglichkeiten zu verhindern sucht. Lutter<sup>4)</sup> meint dazu zutreffend, daß es schlechterdings unmöglich ist, alle Fälle von Umgehungen vorausschauend zu erfassen und zu unterbinden. Die Schwächen und Lücken einer kasuistischen Gesetzestechnik<sup>5)</sup> zeigen sich deutlich in § 49 Abs. 6 S. 1 RegE. Die Gleichbehandlung der Forderungen und Sicherungen des Ehegatten oder eines minderjährigen Kindes des Gesellschafters mit denen des Gesellschafters selbst drängt geradezu die Frage auf, wie es sich bei volljährigen Kindern, Enkeln oder anderen eventuell "abhängigen" Verwandten verhalten soll.

Außerdem bestehen offensichtliche verfassungsmäßige Bedenken, die es rechtfertigen, § 49 Abs. 6 S. 1 RegE ersatzlos zu streichen: § 47 Abs. 6 S. 1 RefE sah noch die "automatische" Gleichstellung vor. Dies kritisierte Lutter<sup>6)</sup> zu Recht unter

---

1) vgl. Luckan-Schacht, DB 1970, 1453

2) in GmbHRdsch 1969, 170

3) diese Beiträge beziehen sich auf die §§ 47, 48 RefE; zu den Abweichungen gegenüber §§ 49, 50 RegE vgl. unten § 7 III. 3.

4) in Probleme S. 77; ebenso Westermann S. 35; Wiethölter in Probleme S. 17 meint dazu drastisch: ".... die richtigen Finanzgaribaldis sind einfallsreicher, als ihnen der Entwurf unterstellt."

5) vgl. dazu Engisch S. 122: "Die Kasuistik ist immer der Gefahr ausgesetzt, den Rechtsstoff nur fragmentarisch und vorläufig zu bewältigen"; ebenso Larenz S. 220

6) in Probleme S. 78

Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 3 Abs. 2 Ziff. 2 KVStG<sup>1)</sup>: Darlehen des Ehegatten eines Gesellschafters an eine Kapitalgesellschaft unterlagen genauso der Kapitalverkehrssteuer wie Darlehen des Gesellschafters selbst. Dieses gesetzgeberische Mißtrauen gegenüber der "Ehegatteneigenschaft" wertete das Bundesverfassungsgericht als einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG. § 49 Abs. 6 S. 1 RegE enthält gegenüber § 47 Abs. 6 S. 1 RefE zwar die Einschränkung, daß die Forderungen und Sicherungen des Ehegatten oder des minderjährigen Kindes des Gesellschafters nur dann den Gesellschafterforderungen und -sicherungen gleichgestellt werden, wenn Ehegatte oder Kind nicht beweisen können, daß ihre Forderungen und Sicherungen nicht aus Mitteln des Gesellschafters stammen. Aber auch für diese Beweislastregelung lag ein gesetzlicher Parallelfall vor, der vom Bundesverfassungsgericht wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben wurde.<sup>2)</sup> Diese Rechtsprechung, die gemäß § 31 Abs. 2 i.V.m. § 13 Ziff. 11 BVerfGG mit Gesetzeskraft verbunden ist, sollten auch die Verfasser eines Gesetzesentwurfs gebührend beachten.

## 2. Keine Präventivkontrolle

Der Lösung des RegE ist grundsätzlich insoweit zuzustimmen, daß er davon absieht, Kontrollorgane zu bilden, die die Kapitalausstattung und Finanzierungsmaßnahmen aller GmbH's ständig zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger überwachen. Schon aus Verwaltungs- und Kostenersparnisgründen, aber auch wegen der damit verbundenen Entlastung der Gerichte bei Zuwiderhandlungen ist dieser Weg zu begrüßen.<sup>3)</sup> Solange eine GmbH nicht in Konkurs gerät oder ein Vergleichsverfahren beantragen muß, nimmt sie mehr oder weniger erfolgreich am Wirtschaftsleben teil, ohne Gläubiger zu schädigen. Somit wird die individuelle Finanzierung und Unternehmenspolitik durch die Existenz und Fortdauer zu Recht gleichsam legitimiert. Erst wenn sie ernsthaft in Zahlungsschwierigkeiten gekommen

---

1) vgl. BVerfG-Beschluß v. 15.7.1969, NJW 1969, 1659

2) vgl. Winter H., GmbHRdsch 1972, 6: BVerfG-Beschluß v. 27.7.1968 zu § 45 KO: der Ehegatte des Gemeinschuldners konnte nur aussondern, wenn er bewies, daß seine Gegenstände nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben waren.

3) vgl. dazu oben zur "Angemessenheit des Stammkapitals" § 2 III. 4. b) S. 32/33

ist, erscheint es zweckmäßig und gerechtfertigt, deren Ursachen zu überprüfen. Fraglich ist dabei allerdings, welche objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um eine persönliche Gesellschafterhaftung zu begründen.

### 3. Ungeeigneter Haftungsmaßstab des § 49 Abs. 1 RegE

Der RegE stellt bei Gesellschafterdarlehen im Konkurs der GmbH auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung ab und bejaht eine weitergehende Haftung, wenn die Gesellschafter statt des Darlehens als ordentliche Kaufleute Eigenkapital hätten zu führen müssen.

Dieser Haftungsmaßstab ist ungeeignet und aus folgenden Gründen abzulehnen.

#### a) Überforderung der Gerichte

In der Begründung zum RegE<sup>1)</sup> wird eingeräumt, daß die Feststellung im Einzelfall nicht einfach zu treffen, wegen der von der Rechtsprechung und Literatur gefundenen Abgrenzungskriterien und Lösungswege jedoch nicht unmöglich sei. "Um allen diesen Entwicklungen Raum zu lassen, verzichtet der Entwurf auf eine genauere Abgrenzung und beschränkt sich grundsätzlich auf eine Generalklausel."

Diese "Begründung" ist fadenscheinig und im Grunde genommen ein Eingeständnis, daß die Verfasser des RegE nicht in der Lage sind, durch eine Legaldefinition klar zu entscheiden. Wenn nämlich tatsächlich verbindliche und unwiderlegbare Abgrenzungskriterien vorhanden wären, wann eine Finanzierung durch Eigenkapital oder durch Fremdmittel erforderlich ist, läge es selbstverständlich im Aufgabenbereich des Gesetzgebers, diese zu normieren. Durch die Generalklausel des § 49 Abs. 1 RegE werden aber lediglich die Probleme auf die Richter übertragen, die ihrerseits auf betriebswissenschaftliche Sachverständige und Finanzierungsexperten angewiesen sind. Bis hierzu höchst richterliche Entscheidungen vorliegen, - wobei unterstellt wird, daß sich die Betriebswissenschaftler einig sind<sup>2)</sup> - werden Jahre mit erheblicher Rechtsunsicherheit vergehen, ein Ergebnis, das gerade durch ein "Reformgesetz" vermieden werden sollte.

---

1) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 110/111

2) vgl. dazu unten § 7 III. 3.

Die Lösung des RegE setzt eine Wertung voraus, ob im Zeitpunkt der Darlehensgewährung Eigenkapital zuzuführen war. Der Richter hat dabei zwei Kriterien zu prüfen: einmal die konkrete Finanzsituation der Gesellschaft, zum anderen das hypothetische Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns. Der letztere Wertungsmaßstab ist dem Handelsrecht nicht unbekannt; so können sich z.B. der Kommissionär<sup>1)</sup>, der Spediteur<sup>2)</sup> und der gewerbsmäßige Lagerhalter<sup>3)</sup> für den Verlust und die Beschädigung des in ihrer Verwahrung befindlichen Gutes dadurch entlasten, daß sie beweisen, der Schaden hätte auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden können. Die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ist ferner Tatbestandsmerkmal des § 347 Abs. 1 HGB, der gesetzlichen Grundregel für Sorgfaltspflichten bei zumindest einseitigen Handelsgeschäften. Bei der Beurteilung dieses Tatbestandsmerkmals kann die Rechtsprechung bei einzelnen Geschäften auf Handelsbräuche<sup>4)</sup> oder Konkretisierungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>5)</sup> zurückgreifen. Derartige Hilfen bei der zu entscheidenden Frage, wann finanziert ein ordentlicher Kaufmann mit Eigenkapital, wann mit Fremdkapital, findet der Richter aber weder in der Betriebswirtschaftslehre noch im Steuerrecht, wie nachstehend aufgezeigt wird.

#### aa) Keine verbindlichen Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre

Zum Eigenkapital einer GmbH gehören das Stammkapital<sup>6)</sup>, die Rücklagen, d.h. die nicht ausgeschütteten (thesaurierten) Gewinne und die Nachschüsse<sup>7)</sup>. Da dieses Eigenkapital in vollem Umfang der Gesellschaft zusteht, wäre im Interesse der Gläubigersicherung die ausschließliche Kapitalausstattung mit Eigenkapital zweifelsfrei die optimale Finanzierungsform.<sup>8)</sup>

---

1) vgl. § 390 Abs. 1 HGB

2) vgl. §§ 407 Abs. 2, 390 Abs. 1 HGB

3) vgl. §§ 417 Abs. 1, 390 Abs. 1 HGB

4) vgl. Baumbach-Duden § 347, Anm. 2; § 346 Anm. 1 C

5) vgl. z.B. §§ 51 ff der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen oder die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken

6) s.o. die Ausführungen zur wirtschaftlichen Bedeutung des Stammkapitals § 2 I. 3. S. 9

7) vgl. Sellien H. S. 20; Härle S. 68; Höper S. 22; Sellien R. S. 55

8) vgl. Höper S. 29 m.w.N. aus der betriebswissenschaftlichen Literatur

Höper<sup>1)</sup> und Härle<sup>2)</sup> legen eingehend an Hand verschiedener Beispiele dar, daß die ausschließliche Eigenfinanzierung aber nicht rentabel ist. "Schuld" daran ist die Besteuerung der Gewinne: Die Zinsbelastungen eines Fremdkapitals sind vom steuerpflichtigen Gewinn abzugsfähig, verringern die Steuerlast und können dadurch eine höhere Rendite bezogen auf das Stammkapital erzielen als eine ausschließliche Eigenfinanzierung auf den voll besteuerten Gewinn.<sup>3)</sup>

Umgekehrt ist theoretisch eine ausschließliche Fremdfinanzierung ab der Grenze des Stammkapitalbetrages denkbar.<sup>4)</sup>

Eine derartige Finanzierungsweise mag für die Gesellschafter rentabel sein, da der zu versteuernde Gewinn niedriger ist, führt aber zu erheblichen Gefahren für die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft, nämlich: das Fremdkapital muß zurückgezahlt werden; bei Fälligkeit müssen Mittel vorhanden sein, die nicht immer bei Produktions- oder Absatzschwierigkeiten durch Überbrückungskredite aufgebracht werden können usw.

Zwischen diesen beiden Polen - Sicherheit der Gesellschaft und Rentabilität des Kapitals - versucht die Betriebswirtschaftslehre verbindliche, optimale Finanzierungsregeln für das Verhältnis Eigenkapital und Fremdkapital zu finden<sup>5)</sup>,

---

1) S. 27 ff

2) S. 66 ff

3) vgl. Höper und Härle a.a.O. mit den dort angeführten Rechenbeispielen; über die Rentabilität des Eigenkapitals vgl. auch Sellien R. S. 71/72; eingehend Gutenberg in Finanzen S. 184 ff; siehe ferner Immenga in Kapitalgesellschaft S. 400

4) vgl. Sellien H. S. 57; Höper S. 27

5) vgl. die ausführliche Darstellung bei Höper S. 30 ff und Sellien H. S. 56 ff; es werden Verhältniszahlen zwischen Eigenkapital und Fremdkapital von 1:1, 1:2, 1:3, ja sogar 1:4 (so Maul, BB 1969, 307 ff) als optimal genannt

bislang aber ohne endgültiges Ergebnis.<sup>1)</sup> Auch die goldene Bilanzregel ist umstritten.<sup>2)</sup> Diese stellt auf das Verhältnis Kapital - Vermögen ab und fordert, daß langfristig gebundenes Vermögen mit langfristigem und kursfristiges Vermögen mit kurzfristigem Kapital finanziert werden soll.<sup>3)</sup>

Es wird bei der Erörterung der betriebswissenschaftlichen Lehrmeinungen nicht verkannt, daß diese ein anderes Ziel anstreben als die Lösung des gesellschaftsrechtlichen Problems einer erweiterten Haftung des Gesellschafters im Konkurs der GmbH. Gewinnmaximierung, Liquiditäts- oder Elastizitätsprobleme<sup>4)</sup> haben sicherlich wenig mit der Frage zu tun, ob der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen bei Vermögensverfall

---

1) Härle S. 26 m.w.N. vertritt die Auffassung, daß sich zahlenmäßig fixierbare Normen für das Verhältnis Eigenkapital zu Fremdkapital oder für den maximal zulässigen Anteil des Fremdkapitals am Gesamtkapital nicht aufstellen lassen; so auch Luckan-Schacht, DB 1970, 1455, Fn. 20 m.w.N. aus der betriebswissenschaftlichen Literatur; Messmer, BB 1970, 1063; Gutenberg, Einführung S. 107; Stellungnahme Betriebswissenschaft, DB 1970, 455. Diese betriebswissenschaftliche Meinung haben Barz, GmbH-Rdsch 1963, 127, Wolany, ZHR 129, 339, Lutter in Probleme S. 76, Westermann S. 31, Immenga in Kapitalgesellschaft, S. 413, Kamprad, GmbH-Rdsch 1969, 170, Tittel S. 35, Winter G. S. 139 übernommen. vgl. dazu auch den neuesten Versuch von Büschgen, GmbH-Rdsch 1974, 31 ff (52), der zu dem Ergebnis kommt: "Theoretisch einwandfrei ableitbare Entscheidungsregeln zur Strukturierung der Finanzierungsmittel existieren nicht". Optimistischer beurteilen Wüst S. 11 ff, Geßler GmbH-Rdsch 1966, 108, ders. BB 1969, 591, Winkler, BB 1969, 1206, wohl auch der Arbeitskreis GmbH-Reform S. 18/19 die Situation; sie berufen sich auf Albach, ZgesStW 1962, 653 ff, der folgende Formel aufstellt: Eigenkapital sei immer dann zuzuführen, wenn die Gesellschaft es betriebswirtschaftlich nicht verantworten könnte, die Mittel als Fremdkapital aufzunehmen; Albach schlägt weiter vor, daß aus den eigenen, vergangenen Entscheidungen eines einzelnen Unternehmens ein Finanzierungsplan gebildet werden solle, an dem dann die später getroffene Entscheidung, Fremdkapital zu beanspruchen, gemessen werden könne; eigene Meinung: die Albach'sche Formel der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit ist nicht ausreichend, da die Betriebswissenschaft selbst nicht einig ist; der Finanzierungsplan dürfte deswegen nicht genügen, weil niemand dessen Erstellung kontrollieren kann

2) vgl. eingehend Höper S. 32 ff

3) vgl. Höper S. 33

4) vgl. Tittel S. 37

der Gesellschaft haften soll. Andererseits steht aber auch fest, daß der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach den Vorstellungen des RegE im Nachhinein erkennen soll, ob in einer konkreten Finanzierungssituation die GmbH so "unterkapitalisiert"<sup>1)</sup> war, daß Eigenkapital zugeführt werden mußte oder nicht. In dieser Prüfung kann ihm die Formulierung der amtlichen Begründung<sup>2)</sup> - ".....normalerweise deckt eine Gesellschaft ihren nicht nur vorübergehenden Kapitalbedarf durch eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen...." - nicht weiterhelfen. Er ist vielmehr in der Regel auf Sachverständige angewiesen, die ihm die Finanzsituation zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung verdeutlichen müssen. Wenn diese Experten sich aber schon auf ihrem eigenen Gebiet nicht einig sind, da sie sich der einen oder anderen oben aufgezeigten Lehrmeinung anschließen können, erscheint erst recht der Richter überfordert, der aus möglicherweise entgegengesetzten Gutachten eine gerechte Entscheidung treffen soll.<sup>3)</sup>

#### bb) Keine klaren Anhaltspunkte durch das Steuerrecht

§ 2 KVStG verpflichtet die Gesellschafter bei Zuführung von Eigenkapital zur Entrichtung von Gesellschaftssteuer.<sup>4)</sup> Um zu verhindern, daß diese Steuerpflicht durch Gewährung von Fremdkapital umgangen werden kann, unterlagen nach § 3 Abs.1

---

1) auch dieser Begriff ist umstritten; Unterkapitalisierung wird verstanden als Mißverhältnis zwischen Eigenkapital und Gesellschaftszweck, zwischen Eigenkapital und Anlagekapital, zwischen Eigenkapital und Geschäftsumfang, zwischen Eigenkapital und Fremdkapital, zwischen Haftkapital und Risikoübernahme

vgl. Tittel S. 35 Fn. 52; Höper S. 42 ff; Winter G. S. 25 ff

2) in BT-Drucksache 7/253 S. 110

3) dieser Wertung richterlicher Fähigkeit steht nicht entgegen, daß der Richter auf anderen Rechtsgebieten (z.B. Gutachten von Psychologen im Strafprozeß) mit derselben Problematik bereits konfrontiert und damit auch auf irgendeine Weise fertig wird; es geht hier darum, die Sachverständigenabhängigkeit der Gerichte nicht unnötig zu erweitern

4) vgl. dazu auch oben die Ausführungen zum Stammkapital im Steuerrecht § 2 I. 2. S. 8

KVStG<sup>1)</sup> auch die Gesellschafterdarlehen der Kapitalverkehrssteuer, wenn die Gewährung der Darlehen eine "durch Sachlage gebotene Kapitalzuführung ersetzt." Diese Gesetzesbestimmung war auch in der höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung sehr umstritten.<sup>2)</sup> Hier nur die wichtigsten Grundsätze: bis 1952 sollten das Anlagevermögen<sup>3)</sup> sowie ein wesentlicher Teil des Umlaufvermögens<sup>4)</sup> durch Eigenkapital gedeckt sein.<sup>5)</sup> Danach stellte der Bundesfinanzhof auf die Anschauung eines verantwortungsbewußten, vorsichtigen Kaufmanns ab, der alle Umstände verständnisvoll berücksichtige.<sup>6)</sup> Diese Generalklausel wurde seit 1962 durch die Forderung abgelöst, das Anlagevermögen müsse in erster Linie durch Eigenkapital finanziert sein.<sup>7)</sup> In mehreren Entscheidungen folgten dann bei einzelnen Branchen Abweichungen von dieser "goldenen Bilanzregel", auf der der Bundesfinanzhof seit den Urteilen vom 3.12.1969<sup>8)</sup> überhaupt nicht mehr bestet, sondern stattdessen die Generalklausel formulierte: die Gesellschaft müsse jedenfalls so viel Eigenkapital haben wie nach dem Finanzierungsplan unter Berücksichtigung des Anlage- und Umlaufvermögens, der bisherigen Gewinne und Verluste, der allgemeinen Wirtschaftslage und der Gegebenheiten der Branche voraussichtlich erforderlich sei, um die Gesellschaft oder ihr Geschäftsvolumen zu erhalten.

- 
- 1) diese Vorschrift ist inzwischen mit Wirkung vom 1.1.1972 ersatzlos aufgehoben. vgl. Gesetz zur Änderung des KVStG und anderer Gesetze vom 23.12.1971 (BGBl I S. 2134): Begründung: die Verhinderung erheblicher verwaltungsmäßiger Schwierigkeiten; vgl. Winter G. S. 137 f; Krieger, BB 1972, 720
  - 2) vgl. die Aufstellung von Höper S. 36 ff, besonders instruktiv Messmer, BB 1970, 1057 ff; ferner Winter G. S. 135 f; Luckan-Schacht, DB 1970, 1455 f und Fn. 17; Maul, BB 1969, 307 ff; Kamprad, GmbHRdsch 1969, 169 ff
  - 3) vgl. §§ 151, 152 Abs. 1 AktG; Gutenberg Einführung S. 106 f = Vermögensteile, die dauernd oder langfristig dem Geschäftszweck dienen sollen (z.B. Grundstücke, Gebäude, Maschineneinrichtung, Patente, Lizenzen, Beteiligungen, langfristige Darlehensforderungen)
  - 4) vgl. § 151 AktG, Sellien H. S. 13: = Vermögensteile, die zur Verarbeitung oder Veräußerung angeschafft sind oder der finanziellen Abwicklung dienen (z.B. Roh- und Betriebsstoffe, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, Kassenbestände)
  - 5) so die Rspr. des RFH, Urt. v. 25.4.1939, BB 1952, 192
  - 6) BFH, Urt. v. 7.5.1952 in BStBl III 1952, 181 (182)
  - 7) BFH 75, 489 ff (496) Urt. v. 30.8.1962
  - 8) auszugsweise veröffentlicht in DB 1970, 1205 f und 1207 f

Sogar das Bundesverfassungsgericht<sup>1)</sup> hatte sich in einem Normenkontrollverfahren mit der Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 1 KVStG zu befassen, diese allerdings bejaht. Dagegen hat der österreichische Verfassungsgerichtshof<sup>2)</sup> am 27.6.1969 den § 3 Abs. 1 S. 1 KVStG in der in Österreich übernommenen Fassung wegen absoluter Unbestimmtheit mit der Begründung aufgehoben, die Betriebswirtschaftslehre sei nicht in der Lage, den Begriff der nach Sachlage gebotenen Kapitalzuführung auszufüllen.

Auch hierbei wird nicht übersehen, daß Steuergesetze andere Ziele als das Gesellschaftsrecht verfolgen, nämlich dem Fiskus bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes Einnahmen zu sichern.<sup>3)</sup> Dennoch muß der Zivilgesetzgeber Schwierigkeiten, die in der Finanzverwaltung und in der Finanzgerichtsbarkeit bei der Anwendung von Steuergesetzen aufgetreten sind<sup>4)</sup>, beachten.<sup>5)</sup> Umso verwunderlicher ist es daher, wenn die Verfasser des RefE in § 47 den umstrittenen Wortlaut des § 3 Abs. 1 KVStG als Haftungsmaßstab für die weitergehende Gesellschafterhaftung bei Gesellschafterdarlehen wörtlich übernommen haben.<sup>6)</sup> Diesen Bewertungsunsicherheiten, die weder durch Erkenntnisse aus der Betriebswirtschaftslehre noch aus der Finanzgerichtsbarkeit ausgeräumt sind, ist der Richter aber auch noch bei der Prüfung des § 49 Abs. 1 RegE ausgesetzt. Es bedeutet insoweit nämlich keinen Unterschied, ob das Gericht die Wertung unmittelbar (so nach § 47 RefE) oder unter Zwischenschaltung der Denkfigur eines hypothetischen Drittver-

---

1) vgl. BVerfGE 13, 153 ff, Beschluß v. 10.10.1961

2) darauf verweisen Messmer, BB 1970, 1063, Winter G. S. 133 zu Fn. 2 und Luckan-Schacht, DB 1970, 1455

3) vgl. § 1 AO

4) dabei verfügen die zuständigen Bearbeiter im Gegensatz zu den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit über Erfahrungen in der Finanz- und Bilanzkunde

5) so im Ergebnis auch Kamprad, GmbHRdsch 1969, 169; Messmer, BB 1970, 1064; Winter G. S. 137

6) nicht zuletzt deshalb sind die §§ 47, 48 RefE in der Reformdiskussion heftig umstritten. Sie werden, wenn auch mit verschiedenen Gründen, abgelehnt von Lutter in Probleme S. 74 ff; Ballerstedt, ZHR 135, 391 ff; Westermann S. 29 ff; Kreplin, BB 1970, 95; Sonnenberger, NJW 1969, 2033 ff; Kamprad, GmbHRdsch 1969, 169 ff; Winkler, BB 1969, 1207; Stellungnahme Betriebswirtschaft, DB 1970, 455, Stellungnahme Anwaltsverein S. 23/24, bejaht von Geßler, BB 1969, 591 und Teichmann, JZ 1970, 134 f

haltens ("ordentlicher Kaufmann" im § 49 RegE) vornehmen muß.<sup>1)</sup> Mit der Aufgabe, nachträglich den Gesellschaftern sagen zu müssen, was ein redlicher, kritischer, umsichtiger Geschäftsmann in einer vielleicht lange zurückliegenden, komplexen wirtschaftlichen Situation mit all ihren Unwägbarkeiten hätte tun müssen, ist ein Gericht überfordert.<sup>2)</sup>

#### b) Rechtsunsicherheit für die Gesellschafter

Wenn aber schon ein Richter bei der Normprüfung des § 49 Abs. 1 RegE überfordert erscheint, ist erst recht ein Gesellschafter bei der Darlehensgewährung in möglichen wirtschaftlichen Krisen seiner Gesellschaft einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Es ist zudem unstreitig,<sup>3)</sup> daß ein Gesellschafterdarlehen ein legitimes Finanzierungsmittel darstellt und wirtschaftlich notwendig sein kann. Eine vorübergehende starke liquiditätsmäßige Anspannung, ausgelöst durch größere Investitionen, kann beispielsweise durch ein Gesellschafterdarlehen auch zum Vorteil der Gläubiger überbrückt werden.<sup>4)</sup> Wenn die GmbH aber trotz eines Darlehens, das der Gesellschafter "gutgläubig" gewährt hat, in Konkurs gerät, müßte der Gesellschafter durch § 49 RegE einen Prozeß gegen den Konkursverwalter mit völlig unbestimmtem Ausgang und erheblichem Kostenrisiko durch mehrere Instanzen führen, wobei es möglich ist, daß jede Instanz die Notwendigkeit der Eigenkapitalzuführung anders beurteilt.<sup>5)6)</sup>

Diese Unsicherheit wird auch nicht durch die beispielhafte Erläuterung des § 49 Abs. 1 S. 2 RegE ausgeräumt, wonach insbesondere Darlehen, die dazu gedient haben, die Zahlungsunfä-

---

1) vgl. Ballerstedt, ZHR 135, 393; Winter G. S. 139

2) vgl. Ballerstedt a.a.O.

a.A.: Kreutz, AG 1973, 148; Arbeitskreis GmbH-Reform S. 18 f

3) Westermann S. 34: "Die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen ist an sich weder gut noch böse".

Lutter in Probleme S. 76: "erlaubtes bzw. verbotenes Gesellschafterdarlehen"

Wiedemann in Haftungsbeschränkung S. 26: "Die Finanzierung durch Darlehen verfolgt nicht per se unlautere Zwecke" ferner: Stellungnahme Anwaltsverein S. 25; Stellungnahme Betriebswirtschaft in DB 1970, 455; BGHZ 31, 268, Urt. v. 14.12.1959

4) so Stellungnahme Betriebswirtschaft a.a.O.; Westermann S.33

5) vgl. Kamprad, GmbHRdsch 1969, 172

6) s.o. S. 134 die entgegengesetzten Entscheidungen des BVerfG und des österreichischen Verfassungsgerichtshofes

higkeit der Gesellschaft abzuwenden oder hinauszuschieben, als nicht dem Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns entsprechend qualifiziert werden. Die Verfasser des RegE können sich zur Begründung ihres Textvorschlages zwar auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>1)</sup> berufen, der eine Darlehenshingabe als mißliebig ansah, weil sie nur den Zweck hatte, die Konkursantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG abzuwenden. Eine genaue Analyse der höchstrichterlichen Entscheidung zeigt aber, daß der Bundesgerichtshof in diesem konkreten Einzelfall mit Strohmanngründung und anschließender Einmann-GmbH nicht so sehr die Darlehenshingabe, sondern die vorzeitige Rückforderung und Entgegennahme der Darlehensrückzahlungen als einen Verstoß gegen Treu und Glauben verurteilte und deswegen eine weitergehende Haftung des Alleingesellschafters bejahte.<sup>2)</sup> Besonders die Generalisierung, die der RegE vornimmt, ist abzulehnen. An der Gewährung von Sanierungsdarlehen kann nämlich auch ein vordringliches Interesse der Gesellschaftsgläubiger bestehen<sup>3)</sup>, wenn ein Gesellschafterdarlehen, das ohne zusätzliche Sicherungen und zinsgünstiger gegeben sowie leichter prolongiert werden kann als ein Bankkredit, tatsächlich zur Sanierung führte und Konkursverluste verhinderte. Luckan-Schacht<sup>4)</sup> weisen außerdem an einem Modellfall rechnerisch nach, daß z.B. eine Investition - finanziert mit einem Gesellschafterdarlehen - die Konkursquote aller Gläubiger verbessern kann. Solange somit die Chance besteht, durch ein für die GmbH unter günstigen Bedingungen gewährtes Gesellschafterdarlehen die Gesellschaft zu retten, wird auch ein ordentlicher Kaufmann dieser Finanzierungsart zustimmen können.

---

1) in BGHZ 31, 259 ff (271/272) Urt. v. 14.12.1959

2) BGH a.a.O. S. 272: "...wenn er aber zur Abwendung der Konkursantragspflicht weitere Gelder zur Verfügung stellte, so durfte er sie nicht zur Unzeit, noch bevor der damit verfolgte Zweck nachhaltig erreicht war, zurückfordern."

3) so Luckan-Schacht, DB 1970, 1453 f; Westermann S. 33; eine generelle Gläubigerschädigung lehnt auch Sonnenberger, NJW 1969, 2035 ab.

4) in DB 1970, 1454; andeutungsweise auch Stellungnahme Betriebswirtschaft, DB 1970, 455

c) Einschränkung der Kreditwürdigkeit der GmbH

Neben der Rechtsunsicherheit für die Gesellschafter bringt der Vorschlag des RegE auch für andere Kreditgeber Unklarheiten, sogar Rechtsnachteile mit sich. § 49 Abs. 4 verlangt nämlich auch von Dritten, obwohl sie die Geschäftsinterna nur in beschränktem Maß überblicken können, gleichsam eine Prüfung, ob im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zuführen müßten. Bejaht ein Gericht nachträglich diese Voraussetzung, so kann der Dritte seine Forderung im Konkurs nur in der Höhe geltend machen, mit der er zuvor beim Befriedigungsversuch aus der mit dem Darlehen verbundenen Bürgschaft oder aus anderen Sicherungen des Gesellschafters ausgefallen ist. § 49 Abs. 4 RegE beinhaltet somit für den Gesellschafter den Ausschluß der Vorausklage i.S.d. § 771 BGB. Dies bedeutet eigentlich eine zusätzliche Sicherheit im Gläubigerinteresse, hat aber auch zur Folge, daß es nicht mehr auf die Kreditwürdigkeit der GmbH als eigenständiger Rechtsperson ankommt. Der Kreditgeber wird in Zukunft - da er unter den Voraussetzungen des § 49 Abs. 4 RegE gezwungen ist, zunächst gegen den Gesellschafter vorzugehen - vorderrangig dessen Bonität prüfen.

Noch weitgehender ist § 49 Abs. 3 RegE, der die in Abs. 1 bestimmten Rechtsfolgen - Verbot der Geltendmachung im Konkurs - auch gegen einen Gläubiger gelten lassen will, der eine nach Abs. 1 mißbilligte Darlehensforderung eines Gesellschafters gegen dessen GmbH im letzten Jahr vor der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens erworben hat. Auch hier wird vom Zessionar eine Prüfung verlangt, die er in der Regel nicht vornehmen kann, weil er nur selten die Gelegenheit haben wird, die Geschäftsunterlagen der Gesellschaft einzusehen.<sup>1)</sup> Er muß sich zusätzlich durch eine Schadloserklärung des zedierenden Gesellschafters sichern, die bei dessen Zahlungsunfähigkeit wertlos ist.

Der Erwerb einer Forderung eines Gesellschafters (oder der nach dem Vorschlag des RegE gleichgestellten Personen: Dritter für Rechnung der Gesellschaft, ein mit ihm verbundenes Unternehmen, sein Ehegatte oder minderjähriges Kind) ist da-

---

1) vgl. Kamprad, GmbHRdsch 1969, 173

mit mit erheblichen Risiken belastet und kann dadurch für einen Dritten uninteressant werden. Ferner ist eine Darlehensgewährung an eine GmbH von vornherein an die Bonität der Gesellschafter gebunden. Das bedeutet gerade für kleine und mittlere Unternehmen mit weniger finanzstarken Gesellschaftern zusätzliche Schwierigkeiten der Kreditbeschaffung und kann schwachen Unternehmen "den letzten Atem nehmen"<sup>1)</sup>. Die Kreditwürdigkeit der GmbH, die an sich schon geringer ist,<sup>2)</sup> würde unter Auswirkung auf die Wettbewerbsfähigkeit noch weiter eingeschränkt und zu einer Schlechterstellung gegenüber anderen Unternehmensformen führen.<sup>2)</sup>

#### 4. Rechtsdogmatische Bedenken

Rechtsdogmatisch begründet der RegE die Zurückstufung der Gesellschafterdarlehen im Konkurs der GmbH wie folgt: "Sobald ...Darlehen....eine zu schwache Kapitaldecke auffüllen sollen, gewinnen sie der Sache nach die Natur einer Einlage."<sup>4)</sup> Die Gleichbehandlung hat zur Folge, daß das Darlehenskapital, soweit noch vorhanden, voll dem Zugriff der anderen Gesellschaftsgläubiger ausgesetzt ist und, soweit zurückgezahlt, in die Konkursmasse zurückgefordert werden kann.<sup>5)</sup> Haftungsgrund ist somit die angebliche "Eigenkapitalfunktion" der Gesellschafterdarlehen. Diese Konzeption ist nicht ohne Bedenken.

a) Unvereinbarkeit mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung  
Zu rügen ist zunächst, daß der RegE keine Differenzierung in der Höhe der Darlehenssummen vornimmt und auch nicht darauf abstellt, ob stammkapitaldeckendes Vermögen im Zeitpunkt der

---

1) vgl. Westermann S. 32

2) vgl. bereits Hachenburg, LZ 1909, 27; Fränkel S. 199 f; vgl. ferner Hueck S. 233; Ulmer in Probleme S. 47; ausführlich Winter G. S. 46 f

3) so schon Barz, GmbHRdsch 1963, 127; ferner Kreplin, BB 1970, 95; Kamprad, GmbHRdsch 1969, 173; Westermann S. 32 f a.A.: Geßler, BB 1969, 591/592

4) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 110 zu § 49

5) de lege lata hat der BGH einen derartigen Rückforderungsanspruch nach § 31 GmbHG bei einem gleichzeitigen Verstoß gegen § 242 BGB als begründet angesehen.

(Urt. v. 14.12.1959 in BGHZ 31, 259 ff)

ebenso im Urt. v. 14.7.1969 in der Besprechung von Immenga, GmbHRdsch 1970, 258 ff (260)

Darlehensgewährung vorhanden war oder nicht. Eine derartige Lösung ist nicht mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung<sup>1)</sup> vereinbar, das im wesentlichen - neben der Trennung der Haftungsmassen der juristischen Person und deren Mitgliedern - besagt, der Gesellschafter müsse beim Erwerb der Mitgliedschaft sein wirtschaftliches Risiko übersehen können. Dies ist nach geltendem Recht grundsätzlich gewährleistet: Die Einlage ist ziffernmäßig erfaßt (§§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 19 GmbHG); die subsidiäre Kapitalaufbringungspflicht nach § 24 GmbHG ist im Höchstfall durch die Stammkapitalziffer begrenzt; ersichtlich sind auch die im Gesellschaftsvertrag beschränkten und unbeschränkten<sup>2)</sup> Nachschußbeträge. Als einzige Ausnahme ist die Kollektivhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG anzusehen.<sup>3)</sup> Durch die §§ 49, 50 ist aber weder zahlenmäßig noch gegenständlich eine Beschränkung erkennbar, da der Gesellschafter beim Eintritt in die GmbH nicht voraussehen kann, ob und in welcher Höhe ein Darlehen von ihm relevant werden könnte. Die Haftungsbeschränkung ist dadurch nicht mehr überschaubar und wird es auch nicht durch den Hinweis in der amtlichen Begründung<sup>4)</sup>, den Gesellschaftern bleibe es unbenommen, ihre Forderungen auf Rückgewähr des Darlehens nach Abschluß des Konkursverfahrens als Gesellschaftsgläubiger geltend zu machen, falls noch Gesellschaftsvermögen übrig wäre. Oberste Haftungsgrenze auch im Konkurs der GmbH könnte dagegen die Stammkapitalziffer sein.<sup>5)</sup>

b) Ungerechtfertigte Gleichbehandlung von Darlehen und Einlagen

Rechtsdogmatischer Hintergrund für die Gleichbehandlung ist das Argument einer unzulässigen Risikoverteilung. Der Gesellschafter, der als ordentlicher Kaufmann eine Kapitalerhöhung oder Nachschußzahlungen anstreben müßte, soll das Haftungsrisiko, das mit der an sich erforderlichen Kapitalzuführung verbunden wäre, nicht durch eine Darlehensgewährung auf die Gesellschaftsgläubiger abwälzen können und dann noch gleichbe-

---

1) s.o. § 2 III. 2. S. 21 ff

2) durch die gegenständliche Begrenzung auf den Geschäftsanteil durch Abandon gemäß § 27 GmbHG s.o. § 3 Fn. 2 S. 43

3) s.o. § 3 III. S. 52 und S. 54 f

4) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 110 zu § 49

5) vgl. dazu unten § 7 IV. und V.

rechtigt mit den anderen als Konkursgläubiger auftreten dürfen.<sup>1)</sup> Bei dieser Wertung durch die Verfasser des RegE muß an die rechtliche Funktion des Stammkapitals erinnert werden.<sup>2)</sup> Die im Handelsregister publizierte Stammkapitalziffer legt die Haftungsgrenzen offen.<sup>3)</sup> Sie ist somit die einzige gesetzlich vorgeschriebene Vertrauensgrundlage für die Gesellschaftsgläubiger. Letztere können und dürfen demnach nicht darauf vertrauen, daß alles über die Stammkapitalziffer hinausgehende, im Unternehmen arbeitende Kapital Eigenkapitalcharakter besitzt.<sup>4)</sup> Es ist daher zumindest nicht generell die Gutgläubigkeit der Gesellschaftsgläubiger gegenüber ihrer erforderlichen Wachsamkeit vorderrangig zu behandeln. Anknüpfend an diese Überlegung ist es gerechtfertigt, der Meinung Sonnenbergers<sup>5)</sup> zuzustimmen: Ein Gesellschafterdarlehen kann nur dann mit dem Risiko einer Stammeinlage belastet werden, "wenn und soweit es rechtlich - nicht betriebswirtschaftlich - erforderliches gesellschaftliches Eigenkapital ersetzt." Gerade diesbezüglich verlangt der RegE aber nur die Aufbringung eines gesetzlichen Mindeststammkapitals, eine gesetzliche Nachschußpflicht besteht nicht.<sup>6)</sup> Daher kann man z.B. im Fall c)<sup>7)</sup> die Gesellschafterdarlehen von je DM 20.000 den Stammeinlagen von je DM 10.000 nur dann gleichstellen, wenn man eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zum angemessenen Stammkapital bejaht, ein Ergebnis, das der RegE gerade nicht beabsichtigt.<sup>8)</sup> Die Gesamtkonzeption des RegE enthält somit einen Widerspruch, der eine Gleichbehandlung des Gesellschafterdarlehens mit einer Stammeinlage als "verdeckte Einlage" verbietet.<sup>9)</sup>

#### c) Gefahr für eine Einzelfallgerechtigkeit

Dogmatisch bedenklich ist schließlich, daß der RegE nur auf das objektive Merkmal des Erfordernisses der Kapitalzuführung zum Eigenkapital abstellt und subjektive Komponenten generell

---

1) vgl. BT-Drucksache 7/253 S. 110, Vorbemerkung zu §§ 49, 50

2) s.o. § 2 I. 4. S. 11 ff

3) vgl. Ballerstedt, ZHR 135, 393

4) vgl. Westermann S. 33/34; ähnlich Kreutz, AG 1973, 148

5) in NJW 1969, 2033

6) s.o. § 2 II. S. 13 ff und § 3 V. 2. S. 58 f

7) s.o. S. 120

8) s.o. § 2 III. 4. S. 27 ff; BT-Drucksache a.a.O.

9) im Ergebnis auch Lutter in Probleme S. 76

außer Betracht läßt.<sup>1)</sup> Es wird nicht verkannt, daß diese Maßnahme zu einer größeren Rechtssicherheit beitragen kann,<sup>2)</sup> weil Beweisschwierigkeiten entfallen; sie beinhaltet aber auch Gefahren für eine unbefriedigende Einzelfallgerechtigkeit. Es erscheint nämlich unbillig und ungerecht, Gesellschafter, die durch ihr Darlehen eine von Anfang an "unterkapitalisierte" GmbH verschleiern, in gleicher Art und im selben Maß haften zu lassen wie die, die eine Kapitalschwäche, die trotz ursprünglich ausreichendem Stammkapital eintreten kann, in bester Absicht überbrücken wollen.<sup>3)</sup>

d) Ungerechtfertigte Schlechterstellung des darlehensgebenden Gesellschafters

Verfehlt ist die Lösung des RegE auch deswegen, weil sie den Gesellschafter, der ein Darlehen gewährt hat, im Ergebnis schlechter stellt, als wenn er dies unterlassen hätte. Diese Kritik wird durch folgende Überlegung gestützt: Durch § 49 Abs. 1 wird praktisch zwischen zwei Situationen unterschieden: Bei einer in Konkurs geratenen Gesellschaft, in der vor Konkurseröffnung kein Gesellschafterdarlehen zugeführt wurde, ist eine Prüfung, ob eine bessere Eigenkapitalausstattung geboten war, nicht vorgesehen - und dies, obwohl u.U. alle Gesellschafter von der Gesellschaftsgründung an bewußt mit minimalem Kapitaleinsatz arbeiteten und eine Gläubigerschädigung von vornherein in Kauf nahmen. Bei einer anderen GmbH dagegen, in der ein finanzstarker Gesellschafter nach gewissenhafter Prüfung mit besten Absichten ein Darlehen gewährte und damit auch das Risiko übernahm, zusätzliches Privatvermögen im Konkurs der Gesellschaft endgültig zu verlieren, versucht man nachträglich die gebotene Eigenkapitalausstattung zu ermitteln.<sup>4)</sup> Kommt dann zudem ein Gericht aufgrund eines Sachverständigengutachtens zu dem Ergebnis, der kreditgebende Gesellschafter hätte sich als ordentlicher Kaufmann anders verhalten müssen, ist er eindeutig schlechter gestellt als die Gesellschafter in der Alternativsituation, weil deren

---

1) diese Tatsache begrüßt dagegen Teichmann, JZ 1970, 135

2) so Geßler, GmbHRdsch 1966, 108 und BB 1969, 591

3) vgl. Westermann S. 34; Sonnenberger, NJW 1969, 2037

4) vgl. Winkler, BB 1969, 1207; Luckan-Schacht, DE 1970, 1456

"Verhalten" überhaupt nicht überprüft wird.

Sicherlich sind die angeführten Alternativen Extremfälle; sie sind aber nach der Lösung des § 49 Abs. 1 RegE unverkennbar möglich. Daraus ist zu folgern, daß das Unterscheidungskriterium für die Prüfung der gebotenen Eigenkapitalausstattung, Darlehensgewährung oder nicht, ungeeignet ist. Um diese Ungereimtheiten zu vermeiden, müßte man generell bei jedem Konkursfall einer GmbH deren Finanzverfassung prüfen.<sup>1)</sup>

#### 5. Bedenken gegen § 50 RegE - Anfechtung von Rechtshandlungen

Der Regelung des RegE bezüglich der Anfechtung von Rechtshandlungen im Konkurs der GmbH gemäß § 50 wird dagegen im wesentlichen zugestimmt.<sup>2)</sup> In Erweiterung der konkursrechtlichen Anfechtungsvorschriften (§§ 29 ff KO) wird hier ein Spezialtatbestand geschaffen, der es dem Konkursverwalter unter Beweiserleichterungen ermöglicht, die Konkursmasse dadurch zu erweitern und das stammkapitaldeckende Vermögen den Konkursgläubigern zu erhalten, daß er Beträge, die im letzten Jahr vor Konkurseröffnung aus dem Gesellschaftsvermögen gezogen wurden, zurückfordern kann. Im einzelnen ist aber auch diese Vorschrift nicht ohne Mängel:

Sie bezieht sich auf die Grundsatzentscheidung des § 49 Abs. 1 RegE, was zwar von dessen Verfassern logischerweise erfolgen mußte, die aufgezeigten Rechtsunsicherheiten dadurch aber auch nicht vermeiden kann. Außerdem soll das Anfechtungsrecht gegen alle Gläubiger des § 49 RegE gelten. Es trifft somit auch solche, die keinen oder nur geringen Einblick in die Geschäftsinterna haben.<sup>3)</sup> Unvollständig im Sinne eines besseren Gläubigerschutzes ist die Lösung insoweit, daß sie sich nur auf die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen, deren Sicherungen und damit zusammenhängender Rechtsgeschäfte Dritter bezieht. Hier müßten alle innerhalb des kritischen Zeitraumes geleisteten Rückzahlungen erfaßt werden.<sup>4)</sup> Zur Vermeidung von unbilligen Härten im Einzelfall ist dafür ein Entlastungsbeweis i.S.d. § 342 Abs. 2 HGB aufzunehmen, wonach die Anfech-

---

1) vgl. dazu unten § 7 IV. 2.

2) vgl. Westermann S. 36; Kamprad, GmbHRdsch 1969, 169 ff (174) Teichmann, JZ 1970, 134/135 jeweils zum gleichen § 48 RefE; Arbeitskreis GmbH-Reform S. 17 und 20 zu § 50 RegE

3) s.o. S. 137 f

4) ebenso Westermann S. 36

tung ausgeschlossen ist, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr eingetreten sind.<sup>1)</sup> Für die Kreditbeschaffung<sup>2)</sup> bedenklich ist schließlich die weitgehende Forderung des § 50 Abs. 3, die den Gesellschafter, der für das Darlehen eines Dritten i.S.d. § 49 Abs. 4<sup>3)</sup> eine Sicherung bestellt hatte oder als Bürge haftete, verpflichtet, den an den Dritten im letzten Jahr vor Konkurseröffnung zurückgezahlten Betrag der Gesellschaft zu erstatten.<sup>4)</sup> Zu rügen ist letztlich, daß auch § 50 RegE keine Beschränkung in der Höhe enthält und damit mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung unvereinbar ist.<sup>5)</sup>

#### IV. Andere Lösungsvorschläge

Mit der Ablehnung der Grundsatzentscheidungen der §§ 49, 50 RegE ist allerdings nicht die Forderung verbunden, eine weitergehende Gesellschafterhaftung im Konkurs der GmbH müsse prinzipiell verneint werden. Erforderlich ist jedoch eine Lösung, die einerseits praktikabel und rechtssicher, andererseits dogmatisch und rechtspolitisch vertretbar ist. Diese Voraussetzungen erfüllt der Vorschlag des RegE wie aufgezeigt nicht, so daß einige wesentliche<sup>6)</sup> andere Lösungsversuche untersucht werden müssen. Diese sind in zwei größere Gruppen einzuteilen: Die einen beschäftigen sich wie der RegE nur mit der Problematik des Gesellschafterdarlehens, die anderen schlagen eine generelle Haftungserweiterung der Gesellschafter - unabhängig von der Frage der Darlehensgewährung - im GmbH-Konkurs vor.

---

1) vgl. dazu eingehend Tittel S. 52 ff; Immenga, GmbHRdsch 1970, 261 f

2) s.o. S. 137/138

3) s.o. S. 123/124

4) vgl. dazu ausführlich Kamprad, GmbHRdsch 1969, 174

5) s.o. S. 139

6) in Fn. 4 S. 121 und Fn. 1 S. 122 wurden mehrere Dissertationen aus der Zeit von 1967-1973 angegeben, die sich, wenn auch mit verschiedenen Schwerpunkten, bemühen, eine optimale Lösung zu finden; ein Vergleich der dortigen Literaturnachweise zeigt derart viele Aufsätze und Monographien, daß Lutter in Probleme S. 74 Fn. 18 zu Recht vom "überreichen Schrifttum zu dieser Frage" spricht. Der nachfolgende Abschnitt verzichtet daher auch bewußt auf den Anspruch der Vollständigkeit, sondern bringt hauptsächlich die Vorschläge, die nach Veröffentlichung des RegE erschienen sind, andere werden nur in Fußnoten zitiert.

## 1. Zum Gesellschafterdarlehen

### a) Legaldefinition statt Generalklausel

Kamprad<sup>1)</sup> verlangt für die Zurückstufung von Gesellschafterdarlehen statt einer Generalklausel eine Legaldefinition für das Tatbestandsmerkmal der "Unterkapitalisierung", die den Maßstab angeben sollte, der den Umfang der Unterkapitalisierung an Hand eines Vergleiches mit den verkehrsüblichen Finanzierungsgewohnheiten branchengleicher Unternehmen mit Hilfe statistischer Erhebungen festhalten müßte. Sein Textvorschlag: "Eine Zuführung zum Eigenkapital der Gesellschaft ist geboten, soweit die Gesellschaft nicht in dem verkehrsüblichen Umfang mit haftendem Kapital ausgestattet (unterkapitalisiert) ist."

Im Interesse der Rechtssicherheit hat ein faktischer Haftungsmaßstab in Form einer Legaldefinition grundsätzlich Vorteile gegenüber einem rein normativen, da nicht erst abgewartet werden muß, bis die Rechtsprechung bei der Auslegung der normativen Begriffe "angemessenes Kapital", "Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns" zu gefestigten Ergebnissen gelangt. Gesellschafter und Richter würden zudem in der Verkehrsüblichkeit der vertikalen<sup>2)</sup> und horizontalen<sup>3)</sup> Kapitalstruktur Richtwerte vorfinden. Diese Richtzahlen können zwar an sich ohne entsprechende Rechtsverordnung keinen verbindlichen Rechtscharakter erzeugen, welche Strukturen und Finanzverhältnisse erforderlich sind, sie wären aber deutliche Orientierungspunkte. Dennoch muß der Vorschlag Kamprads abgelehnt werden, weil die Formulierung "verkehrsüblich" zu allgemein gehalten ist. Die Schwierigkeiten der Feststellung würden dadurch nur verlagert werden<sup>4)</sup>, und zwar auf eine Behörde, die mit Hilfe der Bilanzen, Verlust- und Gewinnrechnungen, die von allen GmbH's veröffentlicht werden müßten<sup>5)</sup>, ständig die aktuelle Verkehrsüblichkeit zu ermitteln hätte.

---

1) GmbHRdsch 1969, 172

2) = Verhältnis Anlagevermögen zum Eigenkapital

3) = Verhältnis von Eigenkapital zu Fremdkapital  
vgl. Büschgen, GmbHRdsch 1974, 31

4) vgl. Lutter in Probleme S. 76 Fn. 22

5) vgl. die Einschränkung in § 151 RegE

b) Zusätzliche subjektive Haftungsvoraussetzungen

Die generelle Zurückstufung von Gesellschafterdarlehen aufgrund der objektiven Kapitallage der GmbH nach den Vorstellungen des RegE wird von Westermann<sup>1)</sup> und Sonnenberger<sup>2)</sup> abgelehnt. Sie halten eine nicht zu billigende Risikoverlagerung auf die Gläubiger erst dann für gegeben, "wenn durch ein Darlehen eine von Anfang an bestehende Unterkapitalisierung verschleiert oder wenn durch das Fortschleppen einer an sich konkursreifen Gesellschaft bzw. durch die Hinauszögerung des Konkursantrages die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger verschlechtert werden"<sup>3)</sup> und wenn der Darlehensgeber die Möglichkeit hatte, die Konkursreife zu erkennen und den an sich gebotenen Antrag auf Konkurseröffnung zu beeinflussen.<sup>4)</sup> Diese Meinung verlangt demnach neben dem objektiven Merkmal einer offenbar ungenügenden Eigenkapitalausstattung die subjektiven Momente der Kenntnis und der Einflußnahme auf die Geschäftsführung.<sup>5)</sup>

Für eine Verbesserung des Gläubigerschutzes ist an dieser Lösung nachteilig, daß der Konkursverwalter im Einzelfall Beweisschwierigkeiten haben kann. Andererseits ist die Differenzierung begrüßenswert, weil Minderheitengesellschafter ohne Zweifel überstimmt werden und bei einer Vielzahl von Gesellschaftern mangelhaft über die genaue Finanzsituation der GmbH informiert sein können.<sup>6)</sup> Als Ausgleich wäre außerdem eine Beweislastumkehr denkbar.

---

1) S. 34 ff

2) NJW 1969, 2037

3) so Westermann S. 34/35

4) vgl. Sonnenberger a.a.O.; Westermann S. 36

5) beide Autoren gehen hierbei aber nicht von einer vorsätzlichen Schädigungs- oder Täuschungsabsicht aus; diese Voraussetzungen würden einen selbständigen Schadensersatzanspruch aus den §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB gegen den darlehensgebenden Gesellschafter begründen; bei gleichzeitiger Geschäftsführerstellung käme auch ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft nach § 64 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB in Betracht

6) vgl. auch oben S. 140 f

c) Zurückstufung wegen Informationsvorsprung

Ballerstedt<sup>1)</sup> und Lutter<sup>2)</sup> wollen weder auf objektive noch auf subjektive gesetzliche Voraussetzungen einer weitergehenden Haftung bei Gesellschafterdarlehen abstellen, - also "weder auf Unangemessenheit noch auf Unredlichkeit der gewählten Finanzierungsweise"<sup>3)</sup>, sondern generell die Darlehen der Gesellschafter im GmbH-Konkurs erst nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger berücksichtigen: "Im Konkurs der Gesellschaft hat die Darlehensforderung eines Gesellschafters Rang nach allen übrigen Konkursforderungen (§ 61 KO)."<sup>4)</sup> Den rechtsdogmatischen Haftungsgrund sehen Lutter und Ballerstedt in folgenden Vorteilen des Gesellschafters gegenüber anderen Gläubigern: Er habe die unternehmerische Nutzung seines Darlehens genossen, er verfüge über Insiderinformationen und besitze einen stärkeren Einfluß auf die Geschäftsführung.<sup>5)</sup> Vorteilhaft an dieser Lösung ist unbestreitbar die Tatsache, daß es keine richterlichen Wertungsschwierigkeiten geben würde. Die Gesellschafter könnten sich auch nicht beschweren, einer mangelhaften Rechtssicherheit ausgesetzt zu sein. Die Grundsätze der Praktikabilität und Rechtssicherheit wären optimal gewahrt. Sollte dieser Vorschlag Gesetzeskraft erlangen, wären aber andere Gesichtspunkte unerträglich zurückgedrängt: Die Finanzierung mit Gesellschafterdarlehen ist legitim.<sup>6)</sup> Neben der möglichen Ungerechtigkeit im Einzelfall bestünde für die GmbH daher grundsätzlich die Gefahr, eine an sich zulässige Kreditquelle zu verlieren, weil die Gesellschafter ohne zusätzliche Sicherheiten von Darlehen an ihre Gesellschaft völlig Abstand nehmen könnten, dies um so mehr, als betragsmäßig keine Haftungsbeschränkung vorgesehen ist. Fraglich ist des weiteren, ob der Informationsvorsprung nicht überbewertet wird, da Einigkeit darüber besteht, daß jeder Gläubiger das Risiko seiner Kreditgewährung selbst tragen muß.<sup>7)</sup>

---

1) ZHR 135, 392

2) in Probleme S. 76/77

3) so Ballerstedt a.a.O.

4) so Lutter in Probleme S. 78; ebenso Ballerstedt, ZHR 135, 393 mit dem Zusatz: "...insoweit, wie das im Stammkapital gebundene Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht"; schon früher Fischer C. S. 117/118

5) vgl. Lutter a.a.O. S. 88; Ballerstedt a.a.O. S. 392

6) s.o. S. 135

7) vgl. BGHZ 29, 106 Urt. v. 15.12.1958; Winkler, BB 1969, 1202, ausführlich Luckan-Schacht, DB 1970, 1449 ff

## 2. Haftung unabhängig von Gesellschafterdarlehen

Um die Prüfung der Kapitalausstattung einer GmbH im Konkurs, nicht nur von der Tatsache einer möglichen Darlehensgewährung abhängig zu machen, versuchen mehrere Meinungen<sup>1)</sup>, eine weitergehende persönliche Haftung der Gesellschafter allein mit dem Zustand der Unterkapitalisierung zu begründen. Dabei wird nachfolgend von dem Begriff "Unterkapitalisierung" als einem Mißverhältnis zwischen Betriebs- und Umsatzgröße zum vorhandenen zu geringen Eigenkapital ausgegangen.<sup>2)</sup>

### a) Wegfall des "Privilegs der Haftungsbeschränkung"

Die für die Gesellschafter schwerwiegendste Forderung erhebt Wiedemann<sup>3)</sup>, der ihnen erst dann das "Privileg" der Haftungsbeschränkung zubilligen will, wenn sie die GmbH mit genügend risikotragendem Kapital ausgestattet haben; ist diese "objektive" Bedingung nicht erfüllt, sollen die Gesellschafter unbeschränkt mit ihrem ganzen Privatvermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften.

Es sind vor allem zwei Gründe, die zur Ablehnung dieses Vorschlags führen. Einmal ist der Haftungsmaßstab nicht ausreichend bestimmt<sup>4)</sup>, zum anderen ist die Haftung zu umfassend. Die GmbH befände sich dann nämlich in einem Schwebезustand und würde gleichsam unter einer aufschiebenden Bedingung - bis die angemessene Kapitalausstattung erreicht ist - existieren. In diesem Zeitraum wäre sie als BGB-Gesellschaft oder als OHG zu behandeln, obwohl sie im Handelsregister als GmbH eingetragen ist; dieses Ergebnis ist, wie auch der Bundesgerichtshof<sup>5)</sup> zutreffend annimmt, nicht zu vertreten.

---

1) vgl. Immenga in Kapitalgesellschaft S. 408 ff; Emmerich, Jus 1973, 521, und die nachstehenden Vorschläge von Winkler, Winter G., Arbeitskreis GmbH-Reform, Fabricius; bereits früher Erlinghagen, GmbHRdsch 1962, 171 ff anders dagegen Drobnig, S. 51 ff, Wüst S. 17 ff und Geßler, GmbHRdsch 1966, 108 f, die eine Unterkapitalisierung nur im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen behandeln

2) vgl. oben S. 131 Fn. 2

3) in Haftungsbeschränkung S. 17; vgl. dazu auch die Ausführungen zum "angemessenen" Stammkapital § 2 S. 26 ff

4) s.o. S. 129 f

5) vgl. BGHZ 45, 204 ff (206) Unt. v. 13.1.1966; bei einem Fall einer KO führt der BGH aus, daß der Umfang der Haftung nicht unabhängig von der jeweiligen Gesellschaftsform beurteilt werden sollte, sondern vielmehr (auch im Hinblick auf die Störerhaftung) mit Störmerkmalen verglichen werden, die im Einzelfall die Haftungsverhältnisse zu beurteilen sind."

b) "beschränkte" Haftung für das angemessene Stammkapital  
Winkler<sup>1)</sup> geht von der Überlegung Wiedemanns aus, daß bei ungenügender Kapitalausstattung die Normen zum Schutz des Stammkapitals in unzulässiger Weise ausgehöhlt würden und daß daher die Haftungsbeschränkung ihre Berechtigung verlieren würde.<sup>2)</sup> Er beschränkt den Umfang der Haftung der Gesellschafter aber auf die Differenz vom tatsächlichen zum "angemessenen" Kapital; diese Finanzierungslücke haben die Gesellschafter "aufzufüllen".<sup>3)</sup>

Winkler meint, daß auf diese Weise das Problem der Haftungsbeschränkung "dogmatisch klar und wirtschaftlich gerecht" gelöst werden könnte, da die Gesellschafter lediglich nachträglich zu einem "begrenzten Risikobeitrag" verpflichtet wären.<sup>4)</sup> Zu dieser Folgerung kann Winkler aber nur deswegen gelangen, weil er - ausgehend von Albach - die Ansicht vertritt, mit Hilfe der Betriebswirtschaftslehre sei es möglich, hinreichend sichere Regeln und Kriterien aufzustellen, um die gebotene Eigenkapitalzuführung für ein Unternehmen wissenschaftlich genau zu berechnen.<sup>5)</sup> Es wurde jedoch dargelegt, daß diese einwandfreie Bestimmung der erforderlichen Eigenkapitalausstattung nach den derzeitigen Erkenntnissen nicht zu verwirklichen ist.<sup>6)</sup> Wegen der mangelnden Bestimmbarkeit des Tatbestandsmerkmals "Angemessenheit" ist daher der Vorschlag Winklers abzulehnen. Dennoch enthält diese Lösung Gesichtspunkte, die zur Bewältigung der gesamten Problematik entscheidend weiterführen: Die Auffüllung der Differenz des Kapitalgefüges - ihre genaue Bestimmbarkeit vorausgesetzt - läßt sich ohne Schwierigkeiten in bestehende gesetzliche Rechte und Pflichten des Gesellschafters

---

1) BB 1969, 1205 ff; ebenso Immenga in Kapitalgesellschaft S. 403

2) rechtsdogmatisch ist diese Lösung in die objektive Mißbrauchslehre des Zivilrechts einzuordnen, die wie folgt begründet wird: Jedes privatautonome Handeln ist beschränkt durch die Aufgaben, die ihm im Rahmen eines Rechtsinstituts eingeräumt werden; die objektiven Grenzen sind die mit der Ordnung des Rechtsinstituts gesetzten Zwecke; werden letztere "mißbraucht", kann die Rechtsordnung die Befugnisse aus dem Rechtsinstitut versagen.  
vgl. eingehend Immenga in Kapitalgesellschaften S. 402 ff

3) vgl. Winkler a.a.O. S. 1205/1206

4) a.a.O. S. 1206

5) a.a.O. S. 1206 Fn. 68 und 73

6) s.o. S. 129 ff (131 Fn. 1)

einordnen: Bei zu niedrigem Stammkapital im Gründungsstadium wäre die Haftung der Gesellschafter als ergänzende Kapitalaufbringung (§§ 19 ff GmbHG) anzusehen; haben die Gesellschafter es versäumt, während der Geschäftsdauer das Stammkapital dem Betriebsumfang anzupassen, kämen eine nachträgliche Kapitalerhöhung (§§ 55 ff GmbHG) bzw. das Institut einer gesetzlichen Nachschußpflicht für den Konkursfall in entsprechender Anwendung der §§ 26 ff GmbHG in Betracht; wurden Auszahlungen an Gesellschafter - ganz gleich aus welchem Rechtsgrund - vorgenommen, bestünde eine Wiedereinlageverpflichtung i.S.d. § 31 GmbHG.<sup>1)</sup>

Es wäre jedenfalls nicht mehr erforderlich, Schadensersatzansprüche zu konstruieren<sup>2)</sup> oder Gesellschafterdarlehen als Stammeinlage umzufunktionieren.<sup>3)</sup>

c) Differenz-Nachschußpflicht bei anfänglicher und nachträglicher Unterkapitalisierung mit faktischem Haftungsmaßstab  
Winter G.<sup>4)</sup> unterbreitet einen Gesetzesvorschlag, der acht Paragraphen umfaßt. Diese sollen unter dem Titel "Haftung für Fehlbeträge am angemessenen Eigenkapital" in das Erste Buch, Dritter Teil (Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter) des RegE aufgenommen werden; sie sind in drei Abschnitte - Allgemeine Vorschriften, anfängliche und nachträgliche Unterkapitalisierung - unterteilt. Winter G. geht nicht von einer Generalklausel aus, sondern bietet eine Legaldefinition: "Als Unterkapitalisierung gilt der Betrag, um den das Eigenkapital der Gesellschaft erhöht werden müßte, damit weder das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital, noch

---

1) s.o. § 3 IV S. 56 f

2) Schadensersatzansprüche setzen einen Nachweis der Kausalität und des Verschuldens voraus; an diesen Schwierigkeiten, die der RegE im übrigen durch seine Vorstellungen ebenfalls umgeht, scheitern viele frühere Lösungsversuche, z.B.: Haftung aus Organisationsmangel (vertreten u.a. von Erlinghagen, GmbHRRdsch 1962, 170), Mißbrauch der Rechtsform der GmbH und daraus resultierende Durchgriffshaftung (vertreten u.a. von Serick), Haftung aus culpa in contrahendo, Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht (u.a. von Wüst S. 18 erwogen), Erklärungshaftung, Rechtsscheinprinzip, ordre public usw. vgl. die umfassende Darstellung von Höper S. 74 ff (im Einzelfall können diese Möglichkeiten allerdings zusätzlich Anwendung finden)

3) s.o. S. 139 f

4) S. 121 ff

das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Anlagevermögen den branchenüblichen Wert unterschreitet. Als branchenüblicher Wert gilt der sich aus der amtlichen Statistik ergebende Zentralwert der Branche, in welcher sich die Gesellschaft betätigt."<sup>1)</sup> Es folgen Einordnungsvorschläge für Gesellschaften, die in mehreren Branchen tätig sind und deren Zuordnung schwierig ist.

Bei anfänglicher Unterkapitalisierung (= im Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung) soll für die Gesellschafter eine anteilmäßige Differenz-Nachschußpflicht bezüglich des Betrages der Unterkapitalisierung bestehen, falls die GmbH binnen drei Jahren nach Aufnahme der satzungsmäßigen Tätigkeit der Gesellschaft in Konkurs fällt. Bei nachträglicher (= nach dem Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung) Unterkapitalisierung ist keine Nachschußpflicht vorgesehen. Haben die Gesellschafter aber Forderungen gegenüber der Gemeinschuldnerin, so soll der Konkursverwalter anteilmäßig mit dem Betrag der Unterkapitalisierung aufrechnen können. Falls eine Leistung an einen Gesellschafter, die binnen eines Jahres vor Konkurseröffnung erfolgte, zu einer Unterkapitalisierung führte, soll der Empfänger bezüglich des Wertes der Leistung erstattungspflichtig sein. Ergänzende Vorschriften über anfechtbare Rechtshandlungen vor Konkurseröffnung, über die Haftung mit privaten Anlagegütern im Gesellschaftsbesitz und die Haftung Dritter mit gesellschaftergesicherten Forderungen bieten einen klar gegliederten Aufbau, der in redaktioneller Hinsicht den §§ 49, 50 RegE auf jeden Fall vorzuziehen ist.

Auch sachlich enthält dieser Lösungsversuch erhebliche Vorteile: Er besitzt die Vorzüge eines faktischen gegenüber einem normativen Haftungsmaßstab.<sup>2)</sup> Da nicht von einem unbestimmten Begriff des "angemessenen" Eigenkapitals, sondern von konkreten Zahlenwerten ausgegangen wird, ist zusätzlich das Prinzip der Haftungsbeschränkung eingehalten.<sup>3)</sup> Es ist ferner nicht nur

---

1) Winter G. S. 122

2) s.o. zur Lösung Kamprads S. 144

3) s.o. S. 147 ff - man kann allerdings auch hier einwenden, daß das wirtschaftliche Risiko für die Gesellschafter nicht überschaubar ist, da sich die Zentralwerte ändern können; die Kalkulierbarkeit ist aber durch Orientierungsdaten gegenüber der Unbestimmtheit des Begriffs Angemessenheit (?) erleichtert

die Problematik des Gesellschafterdarlehens erfaßt. Die Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter ist nicht unzulässig eingeschränkt: Es wird von ihnen nur für den Konkursfall nicht mehr verlangt, als branchenüblich ist. Auch die rechtsdogmatische Einordnung der weitergehenden Haftung in die Differenznachschußpflicht im GmbH-Konkurs ist sachlich eher zu vertreten als die Gleichbehandlung von Darlehen und Einlage nach dem RegE.<sup>1)</sup>

Zusammenfassend ist diese Lösung allen bislang erörterten vorzuziehen, wobei allerdings einschränkend zu berücksichtigen ist, daß die amtliche Statistik mit den Zentralwerten erst erstellt und daß die für die Ermittlung der aktuellen Werte zuständige Institution noch geschaffen werden muß, was mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein dürfte. In zwei Punkten ist Winters Vorschlag zudem nicht unbedenklich: Falls den Gesellschaftern keine Forderungen gegenüber ihrer GmbH zustehen und falls die GmbH keine beweglichen Sachen oder Grundstücke der Gesellschafter besitzt, scheidet eine Haftung bei nachträglicher Unterkapitalisierung aus. Dies Ergebnis verschlechtert die Gläubigerposition. Außerdem werden Minderheitengesellschafter in die Haftung bei anfänglicher Unterkapitalisierung mit einbezogen, zunächst zwar nur entsprechend ihrer u.U. sehr niedrigen Beteiligung, durch § 3 Abs. 2 des Vorschlags (analog § 24 GmbHG) können sie aber auch kollektiv für die mit Mehrheit beteiligten Mitgesellschafter haften. Dieses Resultat erschwert eine Einzelfallgerechtigkeit.

d) Haftung bei anfänglicher und nachträglicher Unterkapitalisierung durch normativen Haftungsmaßstab

Auch der Arbeitskreis GmbH-Reform<sup>2)</sup> hält eine persönliche Haftung der Gesellschafter bei Gesellschafterdarlehen im GmbH-Konkurs für nicht ausreichend, sondern will die Unterkapitalisierung insgesamt erfassen, weil sonst der Gläubigerschutz höchst unvollkommen und zufällig bliebe.<sup>3)</sup> In zwei umfangreichen Paragraphen (einzufügen als §§ 48a und 48b) wird eine Haftung bei anfänglicher und bei nachträglicher Unterkapitalisierung vorge-

---

1) s.o. S. 139 f und S. 148 f

2) S. 15

3) s.o. S. 147 Fn. 1

schlagen, die neben den Vorschriften des RegE zum Gesellschafterdarlehen gelten sollen.

Die anfängliche Unterkapitalisierung wird objektiv bei einem eindeutigen Mißverhältnis zwischen Eigenkapital zum angestrebten Geschäftsumfang bejaht. Als zusätzliches Haftungselement ist die Wertung erforderlich, daß die Gesellschafter bei der Festsetzung des Eigenkapitals "die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Gründers in grober Weise außer acht gelassen haben,"<sup>1)</sup> wobei die Gesellschafter für ihre Entlastung beweispflichtig sein sollen. Die gesamtschuldnerische Haftung im GmbH-Konkurs soll sich auf die volle Höhe der bevorrechtigten und bis 50% der nicht bevorrechtigten Forderungen in Form von Ausgleichszahlungen an die Konkursmasse erstrecken, soweit die Konkursgläubiger aus dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen nicht befriedigt werden können. Haftungspflichtig sollen aber nur die Gesellschafter sein, die bei der Gründung entweder beteiligungs- oder einflußmäßig die Eigenkapitalausstattung mitbestimmt haben.

Die Haftung bei nachträglicher Unterkapitalisierung setzt nach § 48 b voraus: Falls sich bei Aufstellung der Jahres- oder einer Zwischenbilanz oder bei sonstiger pflichtgemäßer Prüfung ergibt, daß das gesellschaftliche Eigenkapital außer Verhältnis zum Geschäftsumfang steht, so sind die Geschäftsführer den Gesellschaftern anzeigepflichtig. Letztere haben daraufhin innerhalb von sechs Monaten die Pflicht, in notarieller Beurkundung Beseitigungsmaßnahmen zu beschließen. Fällt die GmbH dennoch binnen zwei Jahren nach der Anzeige in Konkurs, bestimmt sich unter Einschluß der Geschäftsführer die Haftung im wesentlichen wie bei der anfänglichen Unterkapitalisierung.<sup>2)</sup> Der Erweiterung der Haftung unabhängig von der Frage eines Gesellschafterdarlehens ist zuzustimmen.<sup>3)</sup> In den Haftungskriterien bringt der Vorschlag des Arbeitskreises insofern eine Verbesserung des normativen Maßstabes, daß er auf ein eindeutiges Mißverhältnis und auf eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung abstellt. Angesichts des betriebswirtschaftlichen

---

1) vgl. Arbeitskreis GmbH-Reform S. 21

2) vgl. Arbeitskreis GmbH-Reform S. 21-23

3) u.a. auch, um eine mögliche Schlechterstellung des Darlehensgebers zu verhindern, s.o. S. 141 f

Streites in Finanzierungsfragen<sup>1)</sup> bleiben dennoch Zweifel, ob sich Sachverständige auf diese Wertungsprinzipien derart verbindlich einigen können, daß eine ausreichende Rechtssicherheit für Gesellschafter und Rechtsprechung erzielt werden kann. Die Beschränkung der haftenden Gesellschafter auf den Personenkreis, der kapitalmäßig oder durch geschäftliche Entscheidungsbefugnis auf die Geschäftsführung und auf die gesellschaftlichen Finanzierungsentscheidungen Einfluß nehmen kann, ist im Interesse des Minderheitenschutzes sachgerecht und daher geeignet, unbillige Härten im Einzelfall zu verhindern.<sup>2)</sup> Richtig ist weiterhin der Ansatzpunkt, die Haftung der Gesellschafter erst dann eingreifen zu lassen, wenn die vorhandene Konkursmasse zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht ausreicht.<sup>3)</sup>

Es fragt sich aber, wie der Gesellschafter sein wirtschaftliches Risiko bei der vorgesehenen Haftung (100% bzw. 50% !) in Anbetracht möglicher, erheblicher Schuldenlasten der GmbH berechnen soll. Die vom Arbeitskreis beabsichtigte Präventivwirkung dürfte eher in eine "Flucht" aus der GmbH-Rechtsform umschlagen.<sup>4)</sup>

#### e) Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer bis zu 35% der Gesellschaftsverbindlichkeiten

Einen Vorschlag besonderer Art unterbreitet Fabricius.<sup>5)</sup> Er stellt weder auf eine Unterkapitalisierung noch auf sonstige objektive und subjektive Merkmale oder Ursachen des Konkurses ab, sondern läßt allein die Tatsache der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der GmbH mit anschließendem Konkursverfahren für eine weitergehende Haftung genügen: Gesellschafter und Geschäftsführer sollen dann gesamtschuldnerisch bis zu 35%

---

1) s.o. S. 129 ff (131 Fn. 1)

2) so auch Immenga in Kapitalgesellschaft S. 411

3) diese Überlegung dürfte durch die durchschnittlichen Konkursverluste von DM 590.000 aber kaum praktische Bedeutung erlangen, vgl. oben die statistischen Angaben § 2 S. 20

4) diese Annahme stützt sich auf die Reaktion der Wirtschaftsverbände zu den vergleichsweise "harmlosen" §§ 47, 48 RefW; vgl. Kreplin, BB 1970, 95; Stellungnahme Betriebswirtschaft DB 1970, 455 f; Stellungnahme Anwaltsverein S. 23/24

5) GmbHRdsch 1970, 143

sämtlicher Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Ausfallhaftung übernehmen. Eine rechtsdogmatische Begründung gibt Fabricius nicht, argumentiert rechtspolitisch aber wie folgt: 35% bilde nach dem Grundgedanken der Vergleichsordnung<sup>1)</sup> eine Seriositätsgrenze, die für einsichtige Gläubiger annehmbar erscheine; sie würde durch die Hebelwirkung der persönlichen Haftung ferner einen Druck auf die Unternehmensführung ausüben, die Geschäfte mit gebührender Sorgfalt zu führen.<sup>2)</sup>

Diese Lösung zeichnet sich durch ihre Einfachheit und unbestechliche Klarheit aus. Schwierigkeiten einer normativen oder faktischen Bestimmung einer angemessenen Eigenkapitalausstattung und des "richtigen" Stammkapitals entfallen für Gesellschafter, Gläubiger und Richter völlig. Die Lösung ist desweiteren nicht durch die Problematik des Gesellschafterdarlehens eingeengt. Den Gesellschaftern wird bei der Gründung und während der Geschäftsdauer in ihren Finanzierungsentscheidungen die größtmögliche Freiheit eingeräumt.

Dem Vorschlag kann aber insgesamt gesehen nicht zugestimmt werden, weil er mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung unvereinbar ist, ja sogar die Rechtsform der GmbH in Frage stellt: Dem Gesellschafter ist es nämlich verwehrt, sein wirtschaftliches und finanzielles Engagement auch nur annähernd zu kalkulieren, da beim Erwerb der Mitgliedschaft nicht zu überblicken ist, in welcher Höhe Ausfallverbindlichkeiten entstehen können. Im Konkurs der juristischen Person wäre zudem ein zwar prozentual beschränkter, aber nicht differenzierter, totaler "Durchgriff" in das Privatvermögen ihrer Mitglieder gegeben. Das Trennungsprinzip der Haftungsmassen<sup>3)</sup> und das Wesen der GmbH als Kapitalgesellschaft und als eigener Rechtspersönlichkeit wären dadurch zugunsten des Gläubigerschutzes unterlaufen.

---

1) vgl. § 7 VerglO

2) vgl. Fabricius, GmbHRdsch 1970, 143

3) s.o. § 2 III 2. S. 21 f

## V. Zusammenfassung und eigene Lösung

Die Erörterung des Vorschlages des RegE in den §§ 49, 50 und der vielfältigen anderen Regelungsversuche für eine weitergehende persönliche Haftung der Gesellschafter im Konkurs der GmbH hat gezeigt, daß sich keine "Patentlösung" aufdrängt. Es bleibt nur ein Kompromiß aus den widerstreitenden Interessen von Gesellschaftern und Gläubigern und aus den entgegengesetzten Rechtsprinzipien übrig. Dieser Kompromiß sollte möglichst alle in den verschiedenen Lösungsversuchen angesprochenen Vorteile vereinen, d.h. im einzelnen:

Die Haftungsfrage darf sich nicht allein auf die Problematik des Gesellschafterdarlehens beschränken.

Die Haftungskriterien sind an objektive, faktische Voraussetzungen, die für Gesellschafter, Gesellschaftsgläubiger und Gerichte klar erkennbar sind, zu knüpfen.

Subjektive Haftungselemente dürfen zur Wahrung von Minderheitsrechten und im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit nicht außer acht gelassen bleiben.

Rechtsdogmatisch ist neben den direkten Ansprüchen aus Vertrag oder Delikt das gesellschaftsrechtliche Institut der Aufbringungshaftung anderen Konzeptionen vorzuziehen.

Der Haftungsumfang bedarf einer größenmäßigen Beschränkung, die es den Gesellschaftern ermöglicht, auch für den Fall eines Konkurses der GmbH ihr persönliches wirtschaftliches Risiko zu überschauen.

Der Gläubigerschutzgedanke darf nicht zu Lasten der GmbH-Rechtsform überbewertet werden.

Ausgehend von diesen Überlegungen versucht der Verfasser einen Textvorschlag, der unter der Überschrift "Haftung der Gesellschafter im Konkurs der Gesellschaft" als §§ 49, 50 anstelle der Regelung über das Gesellschafterdarlehen in den RegE einzufügen wäre:

Haftung der Gesellschafter im Konkurs der Gesellschaft

§ 49

- ( 1 ) Wird im Konkurs der Gesellschaft bei Ermittlung der Konkursmasse festgestellt, daß diese die Höhe der Stammkapitalziffer nicht erreicht, sind die Gesellschafter, die mit Mehrheit beteiligt sind oder Geschäftsführer waren oder maßgeblichen Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft genommen haben, zum Nachschuß des Differenzbetrages nach Verhältnis der Geschäftsanteile verpflichtet.
- ( 2 ) Besitzen diese Gesellschafter Forderungen gleich aus welchem Rechtsgrund gegen die Gesellschaft, ist der Konkursverwalter berechtigt, in Höhe des Differenzbetrages nach Verhältnis der Geschäftsanteile aufzurechnen.
- ( 3 ) Eine weitergehende Haftung aus Vertrag oder nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen bleibt unberührt.

§ 50

- ( 1 ) Wurden innerhalb des letzten Jahres vor Konkurseröffnung Rechtshandlungen vorgenommen, die eine Vermögensverschiebung zugunsten von Gesellschaftern zum Inhalt hatten und zu einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens unter den Betrag des Stammkapitals führten, so kann der Konkursverwalter diese anfechten. Die begünstigten Gesellschafter haben die Differenzbeträge der Konkursmasse zu erstatten.
- ( 2 ) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs auf Umständen beruht, die erst nach der Vornahme der Rechtshandlung eingetreten sind. Die Gesellschafter sind für diese Voraussetzung beweispflichtig.
- ( 3 ) Die Vorschriften der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen bleiben unberührt.

Die Einführungsbeispiele<sup>1)</sup> sind nach diesem Vorschlag wie folgt zu lösen:

- Fall a) Der Konkursverwalter ist berechtigt, gegen die Darlehensforderungen von A und B in Höhe von jeweils DM 4.000 mit den Nachschußforderungen in gleicher Höhe aufzurechnen.
- Fall b) A und B müssen jeweils DM 4.000 der Konkursmasse erstatten.
- Fall c) Es besteht keine weitergehende Haftung für A und B, da das stammkapitaldeckende Vermögen in voller Höhe vorhanden ist.

Die vorgeschlagene Lösung bietet eine sichere Gewähr dafür, daß das stammkapitaldeckende Vermögen auch im Konkurs der GmbH den Gesellschaftsgläubigern erhalten bleibt. Sie erfaßt die Fälle, die durch die §§ 30, 31 GmbHG (§§ 46-48 RegE) bislang nicht gedeckt waren.<sup>2)</sup> Da oberste Haftungsgrenze schlimmstenfalls die Stammkapitalziffer ist, kann ein Gesellschafter sein wirtschaftliches Risiko einigermaßen kalkulieren. Das Prinzip der Haftungsbeschränkung ist damit gewahrt. Die Abwägung der Gläubiger- und Gesellschafterinteressen bevorzugt nicht einseitig die ersteren, sondern hält sich an die veröffentlichte Basis, auf die ein Gläubiger ohne weitere Sicherheiten vertrauen darf; daß diese Grundlage durch die vorgeschlagene Lösung stärker gesichert wird, bedeutet rechtlich eine Verbesserung des Gläubigerschutzes. Leistet der Gesellschafter persönliche Sicherheiten, unterläßt er bei gleichzeitiger Geschäftsführerstellung schuldhaft den Antrag auf Konkurseröffnung oder handelt er sogar mit bewußter Täuschungs- oder Schädigungsabsicht - diesbezügliche Beweisschwierigkeiten sind nicht zu vermeiden -, so besitzen die Gesellschaftsgläubiger einen direkten Anspruch auf Vertragserfüllung oder Schadensersatz. Der Lösungsvorschlag ist schließlich praktikabel, da Wertungsunsicherheiten durch den allein benötigten Zahlenvergleich zwischen der Stammkapitalziffer und der ermittelten Konkursmasse nicht auftreten dürfen. Die Haftungsart ist für den Konkursfall einer gesetzlichen Nachschußpflicht nachgebildet und damit eine Aufbringungshaftung, ohne daß eine Wertung erforderlich ist, ob die

---

1) s.o. S. 120

2) s.o. S. 121

Differenz zwischen Stammkapitalziffer und Konkursmasse "verschuldet" ist. "Dogmatischer" Haftungsgrund ist einfach, der lege ferenda die Garantiefunktion des Stammkapitals auch im Konkurs besser zu sichern. Die Beschränkung des haftenden Personenkreises gebietet der Minderheitenschutz.

Folgende Gegenargumente sind zu erwarten:

Angesichts der festgestellten Konkursverluste<sup>1)</sup> ist die praktische Auswirkung des Lösungsvorschlages zu gering.

Diesem Einwand kann entgegengehalten werden, daß zunächst eine Verbesserung durch die Erhaltung des stammkapitaldeckenden Vermögens erzielt wird. Des weiteren wäre ein Ausgleich durch die Einführung von gestaffelten Mindeststammkapitalziffern<sup>2)</sup> denkbar. Der Lösungsvorschlag des Verfassers müßte dann nur dahingehend ergänzt werden, daß die Gesellschafter zur Aufbringung der Differenz zum jeweils für sie maßgeblichen Mindestkapital verpflichtet werden.

Mit denselben Gründen wäre auch dem rechtspolitischen Bedenken zu begegnen, für die Gesellschafter werde geradezu ein Anreiz geboten, das Stammkapital so gering wie möglich zu halten, um das wirtschaftliche Risiko zu vermindern und zu verhindern, mit der Konkursmasse unter der Stammkapitalziffer zu bleiben. Es darf weiterhin nicht verkannt werden, daß die drohende persönliche Haftung auch umgekehrt einen Druck auf die Gesellschafter ausübt, an sich "konkursreife" Gesellschaften nicht fortleben zu lassen.

Schließlich ist die Einwendung vorzusehen, die Beschränkung des haftenden Personenkreises könnte dazu führen, daß keine Mehrheitsverhältnisse mehr vorhanden sein werden, die Kombination der Gesellschafter/Geschäftsführer-Tätigkeit ausstirbt und "Strohmannen" vorgeschoben werden.

Darauf ist zu erwidern, daß auch positive Aspekte denkbar sind, und zwar: Rückgang der Einmann-GmbH's, Stärkung des Minderheitenschutzes und Klarheit der Machtbefugnisse. Im übrigen können sich die Gesellschafter ihrer Einflußnahme durch die Aufgabe der Gesellschafterversammlung nicht entziehen.

---

1) s.o. § 2 III. 1. S. 20

2) s.o. § 2 III. 4. S. 32 ff

## L e b e n s l a u f

Am 21.9.1943 wurde ich als 2. Sohn des Rechtsberaters Dr. jur. Ekhard Meißner und seiner Ehefrau Anna geb. Munser in Arnau/Elbe geboren. Nach vier Jahren Volksschule in Salzgitter-Lesse besuchte ich drei Monate die Oberrealschule in Salzgitter - Lebenstedt und ab 1.9.1954 das Staatlich Mathematisch-Naturwissenschaftliche Gymnasium in Landau i.d. Pfalz, an dem ich am 1.3.1963 das Abitur ablegte.

Im Anschluß an die 18-monatige Wehrpflichtzeit in Neustadt Krs. Marburg, Göttingen und Hamburg studierte ich in Mainz und in Tübingen Rechtswissenschaften. Die 1. juristische Staatsprüfung bestand ich im Mai 1969. Den juristischen Vorbereitungsdienst in Rastatt, Baden-Baden und Karlsruhe schloß ich im Juli 1972 mit der 2. Staatsprüfung in Stuttgart ab. Seit 1.4.1973 bin ich Mitarbeiter der Zentralen Rechtsabteilung eines Versicherungsunternehmens in Wiesbaden.

Am 11.12.1974 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.





